

比较法研究

中美民事诉讼当事人制度比较研究

齐树洁 谢 岚*

目 次

- 一、当事人的基本含义(适格当事人)
- 二、当事人的诉讼权利能力和诉讼行为能力
- 三、共同诉讼
- 四、代表人诉讼(集团诉讼)
- 五、诉讼第三人
- 六、诉讼承担与当事人恒定

我国社会主义市场经济体制的发展要求建立与之相适应的民事诉讼法律制度。民事诉讼法学研究的当务之急,是从比较民事诉讼法学的角度,借鉴西方发达市场经济国家民事诉讼的立法经验、理论成果和司法实践,探讨市场经济条件下民事诉讼的共同规律,以指导我国民事诉讼的立法和司法实践。这种借鉴对于我国民事诉讼法律制度的发展与完善也是十分必要的。

* 齐树洁系厦门大学法律系教授,谢岚系厦门大学国际经济法专业硕士研究生。

当事人是民事诉讼的基本构成要素之一,没有当事人就没有民事诉讼。在民事诉讼理论体系中,当事人理论与诉权理论、举证责任理论共同构成三大理论基石,对于研究其他民事诉讼理论问题具有重要影响。^① 作为诉讼主体,当事人的诉讼行为对民事诉讼程序的发生、变更与消灭有重要的影响。当事人的确定还是管辖、回避、证据等民事诉讼法律制度存在和运作的前提条件之一。因此,加强对当事人制度的研究,具有重要的理论价值。近年来,随着我国改革开放的深入,中美经贸往来总体上呈扩大趋势,我国企业在美涉讼的现象亦日益增多。^② 了解并掌握美国民事诉讼当事人制度,也是我国企业和个人在美运用法律手段维护自身合法权益的先决条件之一。基于上述认识,本文拟从六个方面,较为系统地中美民事诉讼当事人制度作一比较研究。^③ 以期对我国民事诉讼理论与实践有所裨益。

需要说明的是,美国民事诉讼法的渊源包括美国宪法、联邦与州的制定法、判例法(普通法)以及美国国会授权联邦最高法院制定的法规。^④ 根据美国联邦宪法和《美国法典》第28卷第1332节,诉讼标的超过5万美元,且外国人是一方当事人或者在不同州

① 参见谭兵主编:《民事诉讼法学》,法律出版社1997年版,第148页。

② 参见龚柏华编著:《美中经贸法律纠纷案例评析》,中国政法大学出版社1996年版。

③ 在不同类型的民事诉讼中,当事人各具特色。本文对民事诉讼当事人的探讨仅以民事权益争议案件审理程序为背景。

④ 参见白绿铨:《美国民事诉讼法》,经济日报出版社1996年版,第43—46页。

的公民间的诉讼中被追加为当事人的诉讼,由联邦法院管辖。^① 联邦法院在审理民事纠纷时,程序上适用《联邦民事诉讼规则》(Federal Rules of Civil Procedure,以下简称《规则》)。该《规则》于1934年经美国国会授权,由美国最高法院指定顾问委员会(Advisory Committee)起草。1937年最高法院通过了顾问委员会的草案并向国会提出,《规则》遂于1938年生效。其后《规则》经过多次重要修正。^② 《规则》改变了原先联邦法院审理案件适用所在州的普通法和衡平法程序的混乱状况,统一了美国联邦法院的民事诉讼程序,被美国学者视为是继1848年《纽约州民事诉讼法典》之后,美国民事诉讼法发展道路上的第二个最大的里程碑,^③ 而且《规则》对美国各州的民事诉讼法产生重大影响,被一半以上的州采用,^④ 实际上成为美国最有代表性的民事诉讼法。因此,本文将《规则》为主,辅之以判例,对中美民事诉讼当事人制度展开比较研究。

① 参见[美]彼得·哈伊著,沈宗灵译:《美国法律概论》,北京大学出版社1997年第2版,第42页。前注引白绿铨书,第30~31页。需要说明的是,虽然美国国会颁布的《1980年海关法院法》将美国海关法院改为美国国际贸易法院,并将原由联邦地方法院管辖的美国进口贸易产生的民事诉讼案件授予美国国际贸易法院管辖,但是,属于美国国际贸易法院管辖的案件是有关商品分类、商品估价、反倾销税和反补贴税等海关行政方面(相当于我国的行政诉讼)的案件(参见美国全国信贷管理协会编,刘书剑、于依译:《美国国际贸易法院》,法律出版社1988年版,第7~27页),不属于本文讨论范围。此外,《美国国际贸易法院规则》在体例和条款上都尽量与《联邦民事诉讼规则》保持一致,有关当事人的制度(第17条至第25条)与《联邦民事诉讼规则》基本一致。因此,本文有关《联邦民事诉讼规则》的研究亦可供我国企业和公民在美进行海关行政诉讼时参考。

② 参见沈达明编著:《比较民事诉讼法初论》,中信出版社1991年版,第6页。

③ 白绿铨:《美国民事诉讼法》,第48页。

④ 参见前注引沈达明书,第7页。

一、当事人的基本含义(适格当事人)

(一) 中 国 法

我国《民事诉讼法》未对诉讼当事人的基本含义作出明确规定,仅作规定:公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人(第49条)。

我国学者对当事人的界定,大致可分为新旧两种观点。传统观点认为,民事诉讼中的当事人是指因民事上的权利义务关系发生纠纷,以自己的名义进行诉讼,并受人民法院裁判拘束的直接利害关系人。^①要求当事人是争议民事法律关系的主体,与案件有直接的利害关系,是传统当事人理论的基本特点。

近年来,我国民事诉讼法学界对传统观点加以修正,指出:民事诉讼中的当事人,是指因民事上的权利义务关系发生争议,以自己的名义进行诉讼,旨在保护民事权益,并能引起民事诉讼程序发生、变更或者消灭的人。^②“新概念与传统的当事人概念最根本的区别,是承认民事诉讼当事人可以不是直接利害关系人,而只是纯粹诉讼当事人。”^③比较并综合新旧两种观点,我国民事诉讼理论中的当事人具有两个基本特征:(1)以自己的名义进行诉讼;(2)旨在保护民事权益,即为保护自己的或其享有管理权和处分权的民事权益而进行诉讼。

根据《民事诉讼法》和有关司法解释的规定以及学者对当事人

① 参见柴发邦主编:《民事诉讼法学》,法律出版社1987年版,第142页。

② 江伟主编:《中国民事诉讼法教程》,中国人民大学出版社1989年版,第116页。柴发邦主编:《民事诉讼法学新编》,法律出版社1992年版,第148页。谭兵主编:《民事诉讼法学》,第151页。

③ 江伟主编:《中国民事诉讼法教程》,第116页。

含义的界定,在我国,民事诉讼当事人可大致分为两类:一类是权利主体当事人,其本身是作为诉讼标的民事法律关系的主体,亦称直接利害关系的当事人。为弥补立法中的不足,最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第41—43、45—49、51—56条明确了在某些具体纠纷中认定此类当事人的标准。另外,根据《保险法》第44条,因第三者对保险标的的损害而造成保险事故的,保险人自向被保险人赔偿保险金之日起,在赔偿金额范围内代位行使被保险人对第三者请求赔偿的权利。另一类是非权利主体当事人。该当事人并非实体法律关系的主体,但是根据法律的特别规定,可以在其享有管理权和处分权的民事权益发生争议时成为当事人。根据我国现行立法,非权利主体当事人包括:(1)为维护死者的名誉权而向人民法院起诉的死者的近亲属(配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女);^① (2)涉及终止的企业法人的清算组织;^② (3)失踪人的财产代管人。^③ 此外,还有一种介乎前两类当事人之间的当事人——代表人诉讼中的代表人(《民事诉讼法》第55条第2款)。他既是权利主体当事人(诉讼标的的直接利害关系当事人),又是非权利主体当事人(他也为保护他人民事权益进行诉讼)。

需要指出的是,“我国民事诉讼理论中关于当事人的概念就是指正当当事人,符合概念条件的人就是适格的当事人”。^④ 换言之,我国民事诉讼理论一直将诉讼中的当事人等同于实体法上的当事人,强调诉讼当事人必须与争议法律关系的权利主体统一,否

① 最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解答》第5条。

② 最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第51条,《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》(试行)第60条。

③ 最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》(试行)第32条。

④ 柴发邦主编:《中国民事诉讼法学》,中国人民公安大学出版社1992年版,第203页。

则,当事人就为非正当当事人。^①即使是前述新的当事人理论也没有区分实际诉讼当事人和适格当事人。

因此,与当事人概念(或适格当事人)紧密相关的一个问题是当事人更换问题。当事人更换是指法院在审理民事权益争议案件中,将实体不适格当事人更换为实体适格当事人的制度。我国1982年《民事诉讼法》(试行)规定了当事人更换制度,现行《民事诉讼法》取消了更换当事人的规定。^②关于更换当事人的方法,学者指出,人民法院更换当事人应尊重控诉方(如原告)的意愿,如果控诉方没有申请或同意,法院不能依职权更换当事人。^③在更换当事人时,如果更换的是原告,而非正当原告又不愿退出诉讼的,法院应裁定驳回起诉;^④如果诉讼外的适格原告不愿意参加诉讼,法院应当裁定终结诉讼。如果更换的是被告,而原告不同意更换的,法院应裁定驳回起诉;如果诉讼外的适格被告不愿意参加诉讼,法院应当命令其参加诉讼。更换当事人的后果是,已经进行的诉讼程序无效,诉讼应当重新开始,原非正当当事人的诉讼行为对更换后的当事人不发生效力。

(二)美国法

关于美国联邦民事诉讼当事人的内涵和外延,规则17(a)规

① 张晋红:《论对非正当当事人及其更换理论的否定》,载《诉讼法理论与实践》,中国政法大学出版社1997年版,第397页。

② 对此,我国学者褒贬不一。参见谭兵主编:《民事诉讼法学》,第173页。齐树洁主编:《民事程序法》,厦门大学出版社1998年版,第89页。

③ 参见张晋红:《非正当当事人及其更换理论的再探讨》,载《现代法学》1997年第2期。谭兵主编:《民事诉讼法学》,第174页。

④ 对此有学者提出异议,认为此时法院应判决驳回诉讼请求而不是裁定驳回起诉。参见谭兵主编:《中国民事诉讼法要论》,西南财经大学出版社1991年版,第158页。谭兵主编:《民事诉讼法学》,第174页。我们认为,此时不是更换当事人而是判决驳回非正当原告的诉讼请求。参见前注引齐树洁书,第89页。

定,诉讼应当以真正有利害关系的当事人(real party in interest)的名义提起。遗嘱执行人、遗产管理人、监护人、受托人(bailee)、明示信托的受托人(trustee of an express trust)、为他人利益订立合同或者以自己的名义为他人的利益订立合同的当事人、或者由法律(statute)授权的当事人,可以以自己的名义起诉,而无须联合实体权利的受益人。当美国法律另有规定时,为他人行使权利或为他人利益的诉讼应当以美国的名义提起。

要求“诉讼应当以真正有利害关系的当事人的名义提起”,意味着提起诉讼的人必须是根据实体法享有可申请执行的权利的主体,但他不必是最终从追索财产(recovery)中受益的人。^①由于“在民事诉讼中谁是原告或被告,在一般情况下的由原告决定,当事人是否具有提起诉讼的适格问题,实际上是原告资格的问题”,^②所以美国联邦民事诉讼的当事人,是指以自己的名义进行诉讼,对所提起的诉讼具有实体法律上可(被)申请执行的利害关系的人。根据负责起草和修改《规则》的顾问委员会的注释(Note of Advisory Committee On Rules),为了澄清司法审判中产生的与争论点(issue)有关的重大疑难问题,规则 17(a)在提出“真正有利害关系当事人”规则之后,进一步列举了某些代理人(representative)作为当事人的实例。这些例子不是 Real Party in Interest 规则的例外,恰恰是该项规则的实例说明。所列举的实例并未穷尽所有为他人利益起诉而成为真正有利害关系当事人的情形。^③由此可知,美国联邦民事诉讼当事人包括以下两类:一是为自己的利益而诉讼的当

① Wright, Federal Courts 452—453. See Jonathan M. Landers, James A. Martin, Stephen C. Yeazell, “Civil Procedure”, Little, Brown & Company, 1988, Second Edition, p. 519.

② 前注引白绿铨书,第 75 页。

③ See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 83.

事人;二是为他人的利益而诉讼的当事人。^①这与我国民事诉讼理论关于当事人的界定一致。但需要指出的是,在美国,政府机构(国家)也可以自己的名义为他人的利益或权利的行使起诉而成为民事诉讼的当事人。^②另外,也会因其行政行为而在民事诉讼中成为被告。

从以上分析可以看出,“真正有利害关系当事人”规则是美国联邦民事诉讼确定当事人的根本标准。该项规则来源于《菲尔德法典》(Field Code)即《纽约州民事诉讼法典》第 91~93 条。其创设目的有二:一是使享有可保护法律利益的人能自行通过诉讼保护其利益,不必依赖于其他人。普通法要求诉讼一般必须以享有法定所有权(legal title)的人的名义提起,通过转让或代位权获得权利的人以及享有衡平法利益的人必须以转让人或合法所有人(legal owner)的名义起诉。《规则》突破了普通法的限制,允许受让人(assignee)以自己的名义起诉,为受让人提供了保护其权益的诉讼机制。^③因此,在债务完全转让的场合,受让人是真正有利害关系的当事人;在部分转让的场合,转让人和受让人都是真正有利害关系的当事人。^④然而,在转让证券的场合,转让人保留充分的

① 按照《规则》第 17 条的字面含义,本条所提到的那些人只能是原告。但是法院对这一条作了扩大解释,指出,在有些案件中,这些人也可以充当被告。参见[苏]B·K·普钦斯基著,江伟、刘家辉译《美国民事诉讼》,法律出版社 1983 年版,第 35 页。

② 关于检察机关(国家)作为民事诉讼原告的问题,我国民事诉讼法学界亦有所探讨,只是这一设想未被立法采纳。参见常怡主编:《新中国民事诉讼法学研究综述(1949—1989)》,长春出版社 1991 年版,第 91—104 页。

③ 参见[美]米尔顿·德·格林:《美国民事诉讼程序概论》,上海大学文学院法律系译,法律出版社 1988 年版,第 57 页。

④ See James and Hazard § 10. 5. See Jonathan M. Landers, James A. Martin, Stephen C. Yeazell, “Civil Procedure”, Little, Brown & Company, 1988, Second edition, p. 519.

起诉的权利。^①在保险人赔偿了被保险人的损失,取得对侵权人的代位求偿权时,多数法院要求以保险人的名义提起诉讼。但是如果由于某些特殊的原因(包括针对陪审团的诉讼策略安排),^②保险人以无追索权借款而非赔付损失的方式赔偿被保险人,那么在这种场合,诉讼应以被保险人的名义进行,保险人仅是被保险人的代办人(agent)。另外,按照美国《统一商法典》7—102,受托人(bailee)是依照仓单、提单或其他物权凭证承认(acknowledge)占有货物并根据合同交付货物的人。《规则》于1966年将受托人列入当事人的范围。顾问委员会指出,这意味着受托人可以就受托财产代表委托人(bailor)起诉,此时,财产占有人(the possessor)是真正有利害关系的当事人。之所以将受托人作为当事人主要是为了满足海事实践的需要。在海事实践中,船主被视为货物的受托人,或者船长是船舶和货物的受托人。他们可以根据《规则》起诉要求船、货或二者的损害赔偿。当然,上述规定并不限于海事领域。例如,存有家具的仓库的所有人(owner)同样有权代表仓库所存家具的众多的所有人起诉。^③

目的二是要求,对于诉讼中的原告,必须以其本人的而不是虚构的名字(fictitious name)加以认定(identify),其本人必须与诉讼标的有真实的利害关系。关于原告可否匿名诉讼的问题,在Southern Methodist University Association 诉 Wynne & Jaffe (1979)一案中,联邦第五巡回法院指出,当事人在诉讼中表明其身份是一般规则;除非国会明确授权同意匿名诉讼,或者案件的争论

① See *Diverse-Graphics, Inc. v. Management & Technical Services Co.*, 561 F.2d 725(8th Cir. 1977).

② See *Louisell, Hazard and Tait, Pleading and Procedure - state and federal*, Foundation Press, Inc., 1989, Six Edition, p. 803.

③ See *Federal Civil Judicial Procedure and Rules*, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 84.

点涉及诸如节育、堕胎、同性恋、非婚生子女的福利权利或被遗弃的家庭成员等敏感且具有高度人身性质(personal nature)的问题,或者当事人在诉讼中不得不承认其违反了州法、行政法规或曾想从事违禁行为(prohibited conduct),为保护私人事务中的隐私权,得许可匿名诉讼。^①

值得一提的是,《规则》明确了由代理人作为当事人的几种情形,澄清了司法实践中出现的某些重大疑问,但是并没有彻底解决其他潜在的问题。比如虽然规定了第三人利益合同的承诺方(Promisee)可以作为真正有利害关系的当事人起诉,但是从字面上看,并未明确该合同的受益人(第三方)是否可以起诉。而这实际上涉及到权利主体当事人与非权利主体当事人的起诉权的冲突和解决的问题。

对于上述问题,1937年加州上诉法院对 Landis 诉 First National Bank 一案的判决颇有启发意义。本案中,Flatt 死后留有一份遗产,其中包括一些股票。Grimes 是 Flatt 的遗嘱执行人。Grimes 通过经纪人以大大低于股票价值的价格,将股票卖给了 Grimes 任总裁的被告银行。原告是 Flatt 的指定遗产继承人。他起诉被告银行和 Grimes,要求提供股票的会计帐目并返还股票。被告辩称,本案有权起诉的当事人是遗嘱执行人而不是遗产受益人。法院支持原告,认为就一般规则而言,受益人不能起诉要求追索遗产,提出追索遗产诉讼是遗产执行人或私人代理人(personal representative)的义务。但是,作为这一规则的例外,当私人代理人与债务人串通或以其他方式阻碍了法律所建立的将遗产移转给

^① See Jonathan M. Landers, James A. Martin, Stephen C. Yeazell, "Civil Procedure", Little, Brown & Company, 1988, Second Edition, p. 520—521.

继承人的自然过程(nature course)时,受益人可以提起诉讼。^①

关于当事人更换制度,规则 17(a)规定:在真正有利害关系的当事人提出异议,要求追认诉讼的开始或者要求合并(joinder)或替换(substitution)当事人之后,只有经过了一段合理的期限,法院才能以诉讼不是以真正利害关系当事人的名义提起为由驳回诉讼。这种追认、合并或替换应当与以真正有利害关系当事人的名义开始的诉讼具有同等效力。

引入当事人更换制度的目的是从反面贯彻“真正有利害关系当事人”规则,反映该项规则的现代功能,即:保护被告免受那些依法有权恢复其权利的当事人追诉,同时保证对于既判事项(res judicata)的判决具有正当的效力。^②同时出于公平的考虑,防止在确定原告有困难或者所犯错误情有可原的场合出现枉断,《规则》设置了两项更换的条件:一是真正有利害关系当事人的异议,二是期限限制。但令人费解的是,如果没有当事人提出异议,法院应如何处理,是否可以直接驳回起诉?对此,《规则》竟没有规定。

关于美国联邦民事诉讼中的当事人更换制度,还必须明确以下几点:

第一,该制度的外延较广。不仅包括不适格当事人更换,而且包括共同诉讼中追加当事人以及诉讼承担的情形。

第二,在更换方式问题上,对于被告以原告并非真正利害关系人为由进行抗辩应该采取何种形式,美国实践中同我国理论界一样存在很大分歧。一种流派认为应当利用实体抗辩以求得驳回诉讼的判决,另一种流派则认为,这里应当提出终止诉讼程序的

① See Louisell, Hazard and Tait, Pleading and Procedure - state and federal, Foundation Press, inc., 1989, Six Edition, p. 807.

② See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 84.

申请。^①

第三,当事人更换的后果与我国截然不同。《规则》并不认为更换之后已有的诉讼必然归于无效,诉讼重新开始,而是赋予适格当事人以追认权,由其决定是否认可已有的诉讼的效力。另一方面,美国现代司法审判实践倾向于对那些在确定原告时所犯的“诚实的错误”(honest mistake)采取宽容的态度。^②此时,更换的溯及力(relation back)将受到限制。^③错误是否情有可原,由法院决定。联邦第七区上诉法院在一桩银行出售有价证券的案件中,曾裁决让两个新的原告代替一个原始原告参加诉讼,尽管前者已经迟误诉讼期限很久,同时明确了更换的条件。^④但是,当事人不能曲解上述做法,不能采取虚构当事人而后追认其行为效力的办法获得中止或延长诉讼时效的利益。^⑤

(三)评论与启示

在国外,大陆法系学者都从两个层面界定当事人,即将当事人区分为实际诉讼当事人和适格(正当)当事人。前者是从“实存”的角度,基于诉状的记载确定的当事人,纯粹是一个程序上的概念。判断某人是否属于“实际诉讼当事人”无需从实体上考察他与诉讼标的的关系。后者是对作为诉讼标的的法律关系有管理权或处分权的当事人,这是从“应然”的角度,关注当事人与诉讼标的之间的

① 参见前注引普钦斯基书,第35页。

② See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 84.

③ See Jonathan M. Landers, James A. Martin, Stephen C. Yeazell, "Civil Procedure", Little, Brown & Company, 1988, Second Edition, p. 519.

④ 参见前注引普钦斯基书,第36页。

⑤ See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 84.

实体关系而提出的概念。^①

一向追随欧洲大陆国家法律传统的我国,在当事人概念界定上,却背离了大陆法系,采取了与美国联邦民事诉讼规则相同的理论,将当事人的含义与适格(正当)当事人等同起来。这实际上否定了当事人本应具有的法上的独立意义,使得当事人问题成为超越程序的一个实体问题。^②

必须指出,美国学者已对《规则》以“真正有利害关系”作为确定当事人的标准提出了批评,认为该项规则会导致实践的混乱。因为适用该项规则必然会产生在对于当事人是否具有可以起诉并申请执行的利益有疑问的场合,该项规则能否适用的问题。比如,对于第三人受益合同的受益人或者某个市民是否可以援用该规则起诉并申请执行合同或者官方禁令(public nuisance),实践中就存在着争议。因此,规则在解决了受让人起诉权利的问题的同时,又产生了新的关于起诉权利(实质上是认定当事人的问题——笔者)的问题;而且它在一般程序法原则下插入了实体法的问题。^③因此,我们认为,我国民事诉讼法在界定当事人的概念的时候,有必要借鉴大陆法系国家引入“实际诉讼当事人”概念、从两个基本层面界定当事人的做法。

再者,目前我国许多民事实体法对非权利主体管理、支配或保护他人民事权利的关系作了规定,^④但是我国民事诉讼司法解释只零星规定了三种为他人利益以自己名义进行诉讼的当事人,远远落后于社会生活的需要。因此,有必要借鉴美国《规则》的做法,扩大此类当事人的范围并集中、系统地规定于《民事诉讼法》中,甚

① 参见谭兵主编:《民事诉讼法学》,第149—163页。

② 参见齐树洁主编:《民事程序法》,第88页。

③ See Louisell, Hazard and Tait, Pleading and Procedure - State and federal, Foundation Press, Inc., 1989, Six Edition, Foundation Press Inc., 1989, Six Edition, p. 802.

④ 参见谭兵主编:《民事诉讼法学》,第152页。

至可采纳概括性规定,以避免挂一漏万。

另外,固然目前不存在三种“非权利主体当事人”与权利主体在行使诉权方面相冲突的问题,但是,扩大此类当事人范围之后,则不可避免地会产生上述问题。为此,我国立法也应考虑借鉴美国司法审判在这方面的经验,作出相应的规定。

最后,如果司法审判实践中仍采用更换当事人的做法,那么,我们认为立法上应赋予适格当事人以追认权,由其决定更换之前被更换人所为诉讼行为的效力。因为,审判实践中,非正当当事人往往与适格当事人及争议的诉讼标的有一定的联系(这也是其被错当成正当当事人的原因之一),其实施的诉讼行为未必都与正当当事人无关,所以赋予适格当事人以追认权而不一概否认更换前的诉讼行为的效力,制度设计更显灵活性,更符合诉讼经济的原则。当然,在作出上述规定的同时,必须附加追认期限限制。

二、当事人的诉讼权利能力和 诉讼行为能力

(一)中 国 法

当事人的诉讼权利能力亦称当事人能力,是指能够以自己的名义作为民事诉讼当事人,享有诉讼权利,承担诉讼义务的能力。它是成为当事人的必要条件,缺乏当事人能力则不能以自己名义进行诉讼。在民事诉讼中,当事人能力与民事权利能力具有密切联系。通常情况下,实体上的权利能力是程序上的权利能力的基础,具有民事权利能力的人同时也具有当事人能力。但是在特殊情况下,没有民事权利能力的人,诉讼法仍赋予其当事人资格,承认其具有当事人能力,这是由

“如何达到诉讼的合理效果的诉讼独有的观点决定的”。^① 我国《民事诉讼法》没有对当事人能力作出明确规定,仅在第 49 条规定:“公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。”上述规定中,公民、法人因其享有民事权利能力而取得当事人资格;其他组织的当事人能力则是诉讼法特别授予的。

按照《民法通则》的规定,公民(自然人)的民事权利能力始于出生,终于死亡(第 9 条)。与之相适应,公民(自然人)的当事人能力始于出生,终于死亡。

实践中还涉及以下几种特殊的公民主体的当事人能力问题:

首先是胎儿。一般认为,依照《民法通则》的规定,胎儿不具有民事权利能力,不得成为民事法律关系之主体。《继承法》第 28 条关于“特留份”的规定,是法律为保护胎儿将来出生后的利益而设的特殊规定,该规定仍是严格贯彻以出生为民事权利能力之始期,不承认胎儿有任何民事权利能力。^② 因此,我国学者一般认为胎儿不具有当事人能力,对于伤害胎儿“特留份”的案件,应由胎儿的母亲或者人民检察院(当侵害人就是胎儿的母亲时),作为非权利主体当事人。^③ 但是在司法审判实践中,则有肯定胎儿利益受侵害时,得于出生后以自己名义起诉的案例。^④

其次是死者的当事人能力问题。我国民事诉讼理论与实践一般都持否定态度。在死者名誉权受侵害的场合,由死者近亲属作

① [日]兼子一、竹下守夫著,白绿铨译:《民事诉讼法(新版)》,法律出版社 1995 年版,第 31 页。

② 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社 1997 年版,第 91 页。

③ 参见谭兵主编:《民事诉讼法学》,第 161 页、第 166 页。

④ 参见“黄学琼、黄卫诉四川希旅游乐城公司交通事故致人死亡损害赔偿并负担死者生前扶养的人及遗腹子生活费纠纷案”,载林准主编:《民事诉讼案例选编》,法律出版社 1996 年版,第 39—41 页。

为原告起诉。^①

再次,关于囚犯的当事人能力,我国民事诉讼法没有作出正面规定。根据最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第8条的规定,可以推知被监禁或被劳动教养的人可以作为原告或被告,即我国法律并未限制囚犯的当事人能力。

最后,植物人和已被判死刑但尚未执行的人具有当事人能力,得作为民事诉讼当事人。^② 外国人和无国籍人在我国也可以作为民事诉讼的当事人起诉或应诉,与中国当事人有同等的诉讼权利义务(《民事诉讼法》第5条),具有当事人能力。

法人的当事人能力与其民事权利能力相一致,始于依法成立,终于终止。其他组织的诉讼当事人能力,亦始于依法成立,终于终止。外国企业和组织不是中国法人,但也可以作为当事人参加诉讼,与中国当事人有同等的诉讼权利义务(《民事诉讼法》第5条)。

需要说明的是,这里的“其他组织”有确定的内涵和外延。是指“合法成立,有一定的组织机构和财产,但又不具备法人资格的组织,包括:(1)依法登记领取营业执照的私营独资企业、合伙组织;(2)依法登记领取营业执照的合伙型联营企业;(3)依法登记领取我国营业执照的中外合作经营企业、外资企业;(4)经民政部门核准登记领取社会团体登记证的社会团体;(5)法人依法设立并领取营业执照的分支机构;(6)中国人民银行、各专业银行设在各地的分支机构;(7)中国人民保险公司设在各地的分支机构;(8)经核准登记领取营业执照的乡镇、街道、村办企业;(9)符合本条规定条件的其他组织。”^③ 因此,结合我国民事诉讼法中关于人数确定的代表人诉讼的规定,可以推知,上述规定以外的其他组织不能作为当

① 参见最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解答》第5条。

② 参见谭兵主编:《民事诉讼法学》,第166页。

③ 最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第40条。

事人,只能以成员的名义通过代表人进行诉讼。

此外,依法成立的基层群众自治组织和城市居民委员会、农村村民委员会以及国家机关依法派出的机构如行政公署、区公所、街道办事处不属于其他组织,而是独立的法人。^① 基层工会只要符合《民法通则》、《工会法》、《中国工会章程》规定的条件,报上一级工会批准成立,即具有社团法人资格。^②

当事人的诉讼行为能力亦称诉讼能力,是指以自己的行为有效地行使诉讼权利、履行诉讼义务的能力。它不是成为当事人的必要条件,但却是当事人亲自进行诉讼活动的必备条件。具有完全民事行为能力的公民具有诉讼能力,可以亲自进行诉讼;无民事行为能力人或限制民事行为能力的人不具有诉讼能力,按照《民事诉讼法》第 57 条的规定,应由其监护人作为法定代理人代为诉讼。

值得注意的是,在因为被监护人致人损害引起赔偿的案件中,对于被监护人与监护人谁是当事人的问题,存在争议。有学者认为,应以致害行为所生责任由谁承担为标准,在被监护人没有财产的情况下,被监护人不是当事人,只有监护人才是当事人。^③ 但也有学者认为,监护人在诉讼中只能处于法定代理人的地位。^④ 我国审判实践支持后一种观点。

外国人的诉讼能力,按照最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》(试行)第 180 条的规定,外国人的民事行为能力依其本国法确认,外国人在我国领域内进行民事活动,如依其本国法律为无民事行为能力,而依我国法律为有民事行为能力,

① 参见马原主编:《〈民事诉讼法适用意见〉释疑》,中国检察出版社 1994 年版,第 27 页。

② 最高人民法院《关于产业工会、基层工会是否具备社团法人资格和工会经费集中户可否冻结划拨问题的批复》(1997 年 5 月 16 日)。

③ 参见谭兵主编:《中国民事诉讼法要论》,第 169—170 页。

④ 参见①,第 45—47 页。

应当认定为有民事行为能力。外国人的诉讼行为能力的有无也按该规定加以认定。^①

在我国,法人和其他组织的诉讼能力与其当事人能力同时产生、同时消灭,即始于依法成立,终于终止。外国法人以其注册登记地国家的法律为其本国法,法人的民事行为能力依其本国法确定。^②

(二)美 国 法

美国民事诉讼法对当事人能力和诉讼能力这两个概念一般不加区分,统称为“起诉或应诉的能力”(capacity to sue or be sued)。

自然人。规则 17(b)规定,除以代理人资格(representative capacity)行事者外,个人起诉或应诉的能力应依其住所地法律确定。关于当事人能力,过去普通法不许可已婚妇女进行诉讼,但现在大多数州已取消这项限制。被判重罪的囚犯过去不享有公民权。现在法律一般允许向囚犯起诉,但是禁止囚犯本人充当原告。^③另外,除阿拉巴马州以外,其他各州都允许为胎儿出生前所受的损害而提出对侵权行为的权利要求;多数州允许以待生子女名义提出对侵权行为的权利要求。在后一种情况下,要求任命一个子女财产管理人。^④

由于成年人一般不存在能力问题,所以对个人起诉或应诉能力的限制,适用于未成年人(infant)和丧失行为能力者(incompe-

① 参见柴发邦主编:《中国民事诉讼法学》,第 205 页。

② 最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》(试行)第 184 条。

③ 参见前注引普钦斯基书,第 38 页。

④ 参见前注引彼得·哈伊书,第 61 页。

tent person)。①当某项诉讼请求是以未成年人或丧失行为能力者为原告或被告时,首先必须考察其住所地法以确定其是否可以自己名义进行诉讼。②

但是无论如何,当未成年人或丧失行为能力者有代理人,诸如一般监护人(general guardian)、管理委员会(committee)、法院指定的财产管理人(conservator)或者其他类似受托人(fiduciary)时,代理人可以代表(on behalf of)未成年人或丧失行为能力者起诉或答辩。如果未成年人或丧失行为能力者没有正式指定的代理人,则可以由其诉讼保护人(next friend)或诉讼监护人(a guardian ad litem)起诉。法院应当为诉讼中没有代理人的未成年人或丧失行为能力者指定一个诉讼监护人,或者应发布其认为对于保护未成年人或丧失行为能力者适当的其他命令[规则 17(c)]。即使未成年人或丧失行为能力者有能力起诉,法院亦可任命代理人或监护人保护未成年人或丧失行为能力者。③如果法院没有履行上述义务,只要该项失误尚未对于保护未成年人或丧失行为能力者的利益构成损害,则法院可在诉讼的任何阶段以动议(motion)的方式加以改正。如果在监护人缺席的情况下作出判决,那么未成年人或者丧失行为能力者享有否认判决的权利。但是若没有及时行使该项特权,则其有可能归于消灭。④

① 这里的“丧失行为能力者”是指因白痴、低能、患精神病而造成智力不健全的成年公民,即缺乏履行法定义务的法律资格以及体力、智力或心理上不健全的人。参见前注引普钦斯基书,第 38 页;See Black's Law Dictionary, West Publishing Co. 1979, 5 Edition, p. 688.

② See Jonathan M. Landers, James A. Martin, Stephen C. Yeazell, "Civil Procedure", Little, Brown & Company, 1988, Second Edition, p. 521.

③ See Jonathan M. Landers, James A. Martin, Stephen C. Yeazell, "Civil Procedure", Little, Brown & Company, 1988, Second Edition, p. 521.

④ See Louisell, Hazard and Tait, Pleading and Procedure-state and federal, Foundation Press, Inc., 1989, Six Edition, p. 817.

除非其住所地法禁止其以自己的名义进行诉讼,否则诉讼一般以未成年人或丧失行为能力者的名义进行,但其诉讼活动必须由其代理人(一般监护人 general guardian 或诉讼监护人 a guardian ad litem)代行。^①诉讼保护人和诉讼监护人不是当事人,他们通常是法院的官员,其职责是代表并依法保护未成年人或丧失行为能力者的合法权益。^②如果代理人不是法院指定的,那么在法院没有其他规定的情况下,代理人可以自己的名义进行诉讼,不必吸收未成年人或丧失行为能力者参加诉讼。^③

外国人享有与美国公民同样的参加诉讼的权利。这种权利被认为是基于国家礼让(comity among nations)的原则。但也有人认为是基于《美国宪法》第 14 条修正案中的“平等保护条款”。^④定居的外国人被视为其住所地州的居民。《美国宪法》第 4 条第 2 款的特权与豁免条款授予各州公民与法院地州公民同样的参加诉讼的权利。但同时,上述特权可能受到在本地居民和非居民之间设置的歧视性条件的限制,只要该项歧视始终以是否具有当地公民身份为实施根据即可。例如在 1950 年 Missouri ex rel. Southern Ry. Co. 诉 Mayfield 一案中,法院就适用不方便法院地原则(forum non convenience)驳回了某个非居民在该州以外提出的诉讼请求(cause

① See Louisell, Hazard and Tait, Pleading and Procedure-state and federal, Foundation Press, Inc., 1989, Six Edition, p. 817.

② “Next friend”还有可能是未成年人或丧失行为能力者的非监护人的近亲属,“a guardian ad litem”就是法院官员。See Black’s Law Dictionary, West Publishing Co. 1979, 5 Edition, p. 941, p. 635.

③ See Rules of Civil Procedure, Rule 17(a)。同时注意,美国民事诉讼法中“代理人”(representative)的含义与我国民事诉讼法中的“诉讼代理人”不尽相同。

④ 《美国宪法》第 14 条修正案宣布,“无论何州,不得制定或施行剥夺合众国公民之特权或豁免的法律;亦不得于未经正当法律程序前,使任何人丧失其生命、自由或财产;并且对于该州管辖区内之任何人,皆不得拒绝给予法律上平等的保护。”

of action)。^①

所谓“以代理人资格行事者”是指包括规则 17(a)列举的实例在内的、为他人利益而以自己名义诉讼的当事人。其以代理人身份起诉或应诉的能力将根据联邦地区法院所在州有关代理人的法律确定,^②不适用那些他为自己利益诉讼时的规则。

法人。规则 17(b)规定:法人起诉或应诉的能力依法人据以成立(organize)的法律确定。例如:如果依其据以设立的州的法律,某个解散的公司(dissolved company)没有起诉的能力,那么它就不能在联邦法院起诉。但是,即使依其据以设立的州的法律,某个公司具备诉讼的能力,其在州法院和联邦法院起诉的能力还会受到审判地州法律对于提起诉讼的其他限制(比如密西西比州法律规定,法人必须有从事商业活动的资格才能在本州起诉)的影响。^③

外国公司在美国起诉或应诉的能力是与美国法对于法人本质的认识相联系的。在美国,对于法人本质的问题颇有争议,承认与否认法人实体的两种对立的观点在美国法律史上都曾占据过支配地位。目前,首席大法官 Marshall 在 Dartmouth College 诉 Woodward 一案中的意见成为美国有关公司法律人格本质的通说。按照 Marshall 的意见,公司仅仅是法律的创造物(creature of law),其能力是由法律拟制的。

将上述观点用于外国公司涉讼的场合会产生如下问题:既然公司是法律创制的“人”,那么在创制该公司的法律的管辖范围以

① See Louisell, Hazard and Tait, Pleading and Procedure—state and federal, Foundation Press, Inc., 1989, Six Edition, p. 817—818.

② See Jonathan M. Landers, James A. Martin, Stephen C. Yeazell, “Civil Procedure”, Little, Brown & Company, 1988, Second Edition, p. 521.

③ See Jonathan M. Landers, James A. Martin, Stephen C. Yeazell, “Civil Procedure”, Little, Brown & Company, 1988, Second Edition, p. 522.

外的地区,公司如何能存在呢?阿拉巴马联邦地区法院在审理 Bank of Augusta 诉 Earle 一案时,以国家间礼让的观点解决了上述问题,承认外国公司在本国主权范围内的能力和实体地位。据此,《规则》的规定得以与美国法中关于法人本质的理论共存。^①

这里还有必要提及“事实公司”。所谓“事实公司”是由于创立人在创立公司时没有履行全部法定手续,使得公司不能以法人资格登记,它以自己名义进行业务活动,就被认为是“事实公司”。美国法律承认“事实公司”,在法院许可的情况下,事实公司也可以作为当事人。^②这与我国的审判实践不同。^③

合伙和其他非法人团体。普通法将这些组织视为个体的集合(group of individuals)而非实体(entity)。在普通法下,合伙或社团缺乏以实体起诉或应诉的能力,只能由全体成员作为当事人起诉或应诉。但是也有的州(如纽约州)认为,合伙可以用自己的名称进行活动,从诉讼观点看,合伙也是法人,并且允许标出合伙人的名字作为当事人。^④此外,工会在大多数州从诉讼法角度看都是法人。

规则 17(b)明确了联邦法院对合伙及其他非法人团体的态度:其起诉或应诉能力,应依联邦地区法院所在州的法律确定。目前,许多州通过判决或立法承认了合伙及其他非法人团体以实体身份起诉或应诉的能力。^⑤当然,如果联邦地区法院所在州的法律

① See Louisell, Hazard and Tait, Pleading and Procedure—state and federal, Foundation Press, Inc., 1989, Six Edition, p. 818—820.

② 参见前注引普钦斯基书,第40页。

③ 最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第49条规定:法人或其他组织应登记而未登记即以法人或其他组织的名义进行民事活动,以直接责任人为当事人。

④ 参见前注引普钦斯基书,第41页。

⑤ See Jonathan M. Landers, James A. Martin, Stephen C. Yeazell, “Civil Procedure”, Little, Brown & Company, 1988, Second Edition, p. 522.

未赋予合伙或其他非法人团体上述能力,那么它仍然必须由全体成员作为原告或被告进行诉讼。但是若为实施或者对其行使《美国宪法》或美国法律规定的实体权利,则上述合伙或其他非法人团体可不受法院所在地州法律的限制,以其共同的名义(common name)起诉或应诉[规则 17(b)]。在这种情况下,不必标出所有成员的名字作为当事人。^①同时,根据规则 23.2 的规定,非法人团体也可以采取集团诉讼的形式进行诉讼。因此,即使上述实体权利不是根据联邦法律产生的,非法人团体也可能通过集团诉讼机制规避前述要求全体成员共同诉讼的规则。^②

(三)评论与启示

美国法与中国法关于能力(capacity)的理解差别悬殊。依美国法,在某些场合,个人缺乏能力则不能以自己的名义进行诉讼,按照我国民事诉讼法理解,这里的能力是指诉讼权利能力;在有的场合,个人缺乏能力则必须由监护人代行诉讼,显然,这里的能力是指诉讼行为能力;在另外的场合,起诉和应诉的能力是指自然人的住所地法、法人的设立地法或非法人团体诉讼时法院所在州法律规定的、诉讼权利能力和诉讼行为能力以外的进行诉讼的条件,如州籍、商业性质等。质言之,美国法中能力的含义极其复杂。正因此,在美国联邦法院进行民事诉讼,除了必须符合“真正有利害关系”的要求以外,还会受到相应州法律关于能力的种种限制。相形之下,我国民事诉讼法更具科学性与合理性。将能力区别为诉讼权利能力和诉讼行为能力,含义明确、清晰。一般性地赋予自然

① See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 83.

② See Jonathan M. Landers, James A. Martin, Stephen C. Yeazell, "Civil Procedure", Little, Brown & Company, 1988, Second Edition, p. 523.

人、法人和其他组织诉讼权利能力,使得可以有尽可能多的主体成为当事人,利用民事诉讼制度维护其合法权益。在诉讼能力方面,对不具备完全民事行为能力个人则规定了“诉讼代理人”制度,较之美国法简洁明了。

但是,我国民事诉讼法未对诉讼权利能力与民事权利能力、诉讼行为能力与民事行为能力的关系作出规定,未认可胎儿在特定条件下的当事人能力,则是我国立法上的缺陷。

三、共同诉讼

(一)中 国 法

共同诉讼,是指在同一诉讼程序中,为复数的一方或者多方当事人共同进行的诉讼。根据我国《民事诉讼法》第53条的规定,共同诉讼包括必要的共同诉讼和普通的共同诉讼。

按照我国传统民事诉讼理论,必要的共同诉讼是指当事人一方或双方为二人以上,其诉讼标的是共同的共同诉讼。其构成要件有二:其一,一方或双方为二人以上;其二,诉讼标的共同。诉讼标的共同性是指当事人在实体法律关系中存在着共同的利害关系即享有共同的权利或承担共同的义务。必要的共同诉讼可分为两种类型:一是依实体法规定,当事人对诉讼标的有共同的权利或义务,包括财产共同共有人、合伙人、连带债权债务人的诉讼;二是当事人之间本无共同的权利或义务,但是基于同一事实或法律上的原因,使共同诉讼人产生了共同的权利或义务,如共同侵权行为人、共同继承人等的诉讼。^①近年来,有学者提出异议,认为判断一个诉讼是否构成必要共同诉讼,关键是看诉讼中有无必须合一

^① 参见柴发邦主编:《中国民事诉讼法学》,第219—222页。

确定的标的,这包括诉讼标的共同与诉讼标的具有合一确定的牵连性两种类型。

“诉讼标的共同”是形成必要的共同诉讼的主要原因,是指复数当事人与对方当事人讼争的民事权利义务属于同一民事法律关系或者以同一民事法律关系为根据。具体包括以下三种表现形态:(1)复数当事人有共同的、一致的、不可分的民事权利义务。主要包括财产共同共有人、债权债务共同共有人的诉讼。(2)复数当事人被认为负连带责任。(3)复数当事人是争议民事法律关系的相对主体,具有共同不可分的诉讼权益,这是在以他人之间的民事法律关系为诉讼标的的确认之诉和变更之诉中的共同诉讼。

“诉讼标的牵连”是指复数当事人分别与同一相对方当事人争议的民事法律关系存在着紧密的联系,以致于法院必须合一确定。诉讼利益的牵连性主要表现为互相损益。在司法实践中,“诉讼标的牵连”的案件主要有:(1)受害人对无意思联络的数个侵权人提起的侵权赔偿诉讼;(2)两个以上负有不同性质民事义务的主体因不依法履行义务而致同一相对方主体的民事权利遭受同一损害,受害人因此向两个以上义务主体起诉;(3)数个继承人认为被告侵占了应由他们按份继承但尚未割的遗产,为维护各自继承权,提出相对独立、互不矛盾的诉讼请求。^①

必要共同诉讼是一种不可分之诉,共同诉讼人必须一同起诉或应诉。法院必须合并审理并作出同一判决。按照我国民事诉讼法的规定,法院在诉讼中发现有共同诉讼人没有参加诉讼时,应当通知其参加;当事人也可以向人民法院申请追加。人民法院对当事人提出的申请,应当进行审查,申请无理的,裁定驳回;申请有理的,书面通知被追加人参加诉讼。人民法院追加共同诉讼的当事人,应通知其他当事人。应当追加的原告,已明确表示放弃实体权利的,可不予追加;既不

^① 参见谭兵主编:《民事诉讼法学》,第207—220页。

愿意参加诉讼,又不放弃实体权利的,仍追加共同原告,其不参加诉讼,不影响人民法院对案件的审理和依法作出判决。^①应当追加的被告不愿意参加诉讼且不适用拘传的,可就未参加诉讼的被告为缺席判决。由此可见,在我国,追加必要共同诉讼当事人既可依当事人的申请进行,也可由法院依职权追加。

关于必要共同诉讼人的内部关系,我国采取协商一致的原则,即其中一人的诉讼行为经其他共同诉讼人承认,对其他共同诉讼人发生效力(《民事诉讼法》第53条第2款)。另外,共同诉讼中发生的事件,如共同诉讼中有人发生诉讼中止的原因,也影响其他共同诉讼人。^②

关于法院对必要共同诉讼人的管辖权问题,我国民事诉讼法理论界不将其作为成立必要共同诉讼的要件。在管辖问题上,我国实行原告选择管辖和先立案原则。即两个以上人民法院都有管辖权的,原告可以向其中一个法院起诉;原告向两个以上有管辖权的人民法院起诉的,由最先立案的人民法院管辖(《民事诉讼法》第35条)。

普通共同诉讼,是指当事人一方或者双方为二人以上,其诉讼标的是同一种类,人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的共同诉讼(《民事诉讼法》第53条第1款)。所谓诉讼标的属同一种类是指各共同诉讼人与对方当事人争议的诉讼标的具有相同的法律性质,各自享有的权利或承担的义务属于同一类型。但有学者认为普通共同诉讼还应包括“诉讼标的具有相同的事实根据”这一形态。^③

普通共同诉讼的构成要件有:(1)当事人一方或多方为复数;

① 最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第57条、第58条。

② 参见柴发邦主编:《中国民事诉讼法学》,第222页。

③ 参见谭兵主编:《民事诉讼法学》,第223页。

(2)诉讼标的属同一种类;(3)数个当事人提出或被提出的诉讼请求不矛盾;(4)法院对作为普通共同诉讼提起的案件均有管辖权;(5)符合诉讼经济原则;(6)当事人自愿;(7)案件适用同一诉讼程序审理。^①

普通共同诉讼与必要共同诉讼的区别在于共同诉讼人在实体法律关系上是否存在共同或连带关系。因此,普通共同诉讼是可分之诉,某个普通共同诉讼人的诉讼行为对其他共同诉讼人不产生法律效力。同时,法院一旦发现几个诉的合并并无实际价值,则可以将其分解为若干个单独诉讼。

(二)美 国 法

普通法对共同诉讼作出严格解释,要求(除个别例外情况)一切对争议的解决有利害关系的当事人都必须参加诉讼,否则撤销诉讼。但是衡平法则创立了较为灵活的规则,这些规则成为美国立法的基础。^②

原先几乎所有的法典都规定:有共同利害关系的当事人,应联合作为原告或被告。但是从一开始法院就在具体解释“共同利害关系”时遇到了困难。1854年美国最高法院对“希尔兹诉贝罗”一案的判决是一个对立法有重大影响的指导性判例。在该案中,最高法院为确定某个联邦法院在必不可分的当事人缺席的场合是否有管辖权,间接地明确了共同诉讼的三分法。一是形式(formal)当事人,在无法通知或找到他时,可以不吸收他参加诉讼,诉讼仍得进行;二是必要(necessary)当事人,他与争议解决有利害关系,如可能则应联合他进行诉讼,但是他们的利害关系不是密不可分

^① 参见谭兵主编:《民事诉讼法学》,第222—223页;谭兵主编:《中国民事诉讼法要论》,第186页。

^② 参见前注引普钦斯基书,第45页。

的,如法院在他们缺席的情况下作出判决,也不会影响他们的各种权利;三是必不可少(indispensable)当事人,他们与争议有着密不可分的关系,在他们缺席的情况下作出判决将完全违反衡平法原则,故在其缺席时,只能驳回诉讼。^①

《规则》在1937年起草时也遵循了上述分类。但是审判实践中,各法院对于“必要的”和“必不可少的”这两个词的解释相当混乱,同时法院往往不愿意确定上述两个词的细微差别。这些问题促使《规则》于1966年进行了一次大规模的修改。其基本思路是,在界定共同诉讼人时,摒弃那些关于他们之间利害关系的抽象的描述如共同的(joint)、联合的(united)、个别的(separable)等等,而代之以务实的态度,由法院根据具体情况确定共同诉讼的可行性与合理性。^②《规则》将共同诉讼分为“为作出公正裁决而必要的当事人合并”(Joinder of Persons Needed for Just Adjudication)(规则19)和“任意(许可)的当事人合并”(Permissive Joinder of Parties)(规则21)。

根据规则19(a),为作出公正裁决而必要的当事人合并的构成要件是:(1)服从送达令状的约束(is subject to service of process);(2)合并不会剥夺法院对诉讼标的的管辖权;^③(3)包括两种情形:在此人缺席的情况下,不能给予(accord)现有的当事人以全面的救济,换言之,此时法院的判决只能给予现有当事人以部分或

① 参见前注引普钦斯基书,第45页。前注引米尔顿书,第57—58页。See Louisell, Hazard and Tait, Pleading and Procedure-state and federal, Foundation Press, Inc., 1989, Six Edition, p. 750.

② See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 87.

③ 《规则》有关共同诉讼的规定受制于规则82“不受影响的管辖区和审判地”(Jurisdiction and Venue unaffected) See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 86.

虚假的救济;^①或者其请求的利益与诉讼标的有关,并且在其缺席的情况下处理诉讼,(i)实际上会损害或妨碍其保护该项利益的能力(这一规定要求法院重视保护缺席当事人的利益,以避免判决在事实上损害其利益);^②或者(ii)会使得现有当事人中的任何人,因为其请求的利益而蒙受承担双倍、多重或其他相矛盾的义务的巨大风险,意即要求法院考虑,判决后现有当事人是否会被那些未被合并的人要求承担同样或相反的责任。^③但是,1977年美国联邦地方法院在审理 Helzberg's Diamond Shops, Inc. 诉 Valley West Des Moines Shopping Center, Inc. 564 F. 2d 816(8th Cir. 1977)一案中指出:被告对于缺席者在别处起诉,他将受制于不同判决的判断只是一种推测,是不成立的。因为首先缺席者尚未提起此类诉讼;其次,没有迹象表明其他法院可能对两份租约作出与本院不同的解释。更为关键的是,即使被告将承担矛盾的责任(强制履行和禁止履行一份租约中的出租义务),也是由于其自愿订立并执行两份自相矛盾的合同,不是由于某个主体缺席造成的,因此,不属于规则 19(a)(2)规定的情形。^④

需要特别注意,在以某一侵权行为人为被告的诉讼中,其他承担一般连带责任的侵权行为人仅是任意当事人,这些侵权行为人的共同诉讼由规则 20 调整。^⑤这有别于我国关于共同侵权人属于

① See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 87.

② See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 87.

③ See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 87.

④ See Jonathan M. Landers, James A. Martin, Stephen C. Yeazell, "Civil Procedure", Little, Brown & Company, 1988, Second Edition, p. 515—516.

⑤ See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 87.

必要共同诉讼的规定。

关于此类共同诉讼人的追加,《规则》规定:如果未对某人进行为公正裁决而必要的合并,那么法院应当命令其成为当事人。如果其应作为原告参加而其拒绝参加,则可以将其作为被告,或者在适当情况下,也可以使其成为非自愿原告(*involuntary plaintiff*) [规则 19(a)]。根据规则 19(b)规定的事项,法院应当合理迅速地(*with reasonable promptness*)决定是否合并当事人。如果法院一时不能获得解决有关问题如缺席者与诉讼的关系、判决对于缺席者与其他人的实际影响等的充分的信息,则可适当延迟到诉讼有进展时再作出决定。^①此外,在诉讼的任何阶段,法院都可以根据当事人的申请或依其主动性(*initiative*),根据公平的条件,命令减少或增补当事人(规则 21)。

如果由于某些原因^②使得规则 19(a)规定的人不能成为此类共同诉讼的当事人,则法院应当依公平和良心(*in equity and good conscience*)决定:诉讼是应当在已有的当事人之间继续进行,还是应当予以驳回,缺席者因此将被视为必不可少的(*indispensable*) [规则 19(b)]。一般认为,不能仅仅因为某人在另一份完全独立的合同下的权利或义务将会受到诉讼结果的影响,就认为他在确认某份合同权利的诉讼中是必不可少的当事人。^③

《规则》在 1966 年以前没有阐明法院决定继续还是驳回诉讼

① See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 88.

② 这些原因包括法律对联邦法院有权送达令状的范围的限制,法律关于联邦法院对诉讼标的的管辖权和审判地的规定[即适用条件(1)(2)]以及在追加当事人时,被追加者对审判地提出异议,并且其合并会使诉讼审判地变得不方便而将其排除出诉讼的情形。See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 86.

③ See *Helzberg's Diamond Shops, Inc. v. Valley West Des Moines Shopping Center, Inc.* 564F. 2d 816(8th Cir. 1977).

的具体的合理的根据,“依公平和良心”的标准缺乏可操作性和客观性。修订后的规则 19(b)汲取了审判实践中的经验,归纳了四个方面的事项,作为法院作出决定时应予考虑的客观标准。四类事项在某种程度上是相互交叉的,并且它们并不排除其他在特定场合应予考虑的因素。

事项一:在不能合并的人缺席的情况下所作的判决,对缺席者或现有当事人可能造成多大程度的损害。这要求法院考虑判决对缺席者意味着什么,要求考虑缺席者是否在事实上受到负面影响。如果有的话,这种损害是近期和严重的,还是远期和轻微的。此外,判决对现有当事人所可能产生的附带影响,即是否有人将面临缺席者提起的新诉讼及新诉讼的威胁有多大,也应予以考虑。

事项二:通过判决中的保护性规定(protective provisions),通过确定救济或其他措施,可以减轻或避免损害的程度。该事项要求法院注意采用减轻或避免损害的措施。所谓确定救济方式(shaping of relief)是指为达到减轻或避免损害的目的而采取相类似的紧急措施(expedient)。比如当特定救济方式会对缺席者产生负面影响时,则以给付金钱赔偿来替代。此外,有时当事人自己也可以采取措施免受损害。如被告认为缺席者将对其提起另一诉讼时,他可以通过“防御性确认竞合权利诉讼”(defensive interpleader)的方式将缺席者拉入现有诉讼中。同样,缺席者也可以通过“自愿出庭”(voluntarily appearing in the action)或“辅助性参加”(intervening on an ancillary basis)的方式防止受到损害。相应地,法院应当考虑上述措施是否会给缺席者造成不合理的困难。

事项三:在不能合并者缺席的情况下所作的判决是否适当(adequate)。关于判决的适当性,主要以判决给予现有当事人的救济的程度(范围)为评价标准。该事项须与其他事项结合起来考虑,尤其应结合事项二中的确定救济方式。

事项四:如果因缺乏共同诉讼人驳回诉讼,原告是否会获得适

当的补偿(adequate remedy)。这一事项涉及到驳回诉讼所产生的事实上的影响。法院应当考虑,驳回诉讼能否确保原告在更有利于当事人合并的审判地有效地起诉。

除了法院可以依照对上述四个事项的考虑驳回诉讼外,被告也可以某人未被合并而法律之公正性要求诉讼不能在其缺席的情况下进行为由,根据规则 12(b)(7)、规则 12(h)(2)的规定,申请驳回诉讼。申请必须在法院对实体问题作出判决前提出。如果申请人只是想通过申请使自己免受缺席者后继诉讼的威胁而不是要保护缺席者免遭判决损害,那么他迟延申请的事实可被作为拒绝其申请的理由。^①

在法院决定继续进行诉讼的场合,如果提出救济请求的当事人知道姓名,则应当说明未被合并的、规则 19(a)所述两种情形中的任何人的姓名及未合并的理由(规则 19(c))。《规则》作上述要求是为了能够在某些必要的场合通知缺席者有关诉讼的待决事项,为了让法院基于自由裁量,在特定案件中以书信或其他非正式通知的方式向缺席者传递信息。^②

必须指出,即使法院错误地决定在利益主体缺席的情况下继续诉讼,也不因此使之丧失送达令状及审判现有当事人的权力。但是法院的判决只能拘束现有当事人。当然,法院的判决可能因此在事实上对缺席者构成不利影响,可能会使现有当事人面临缺席者后继诉讼的威胁,但是正如顾问委员会明确指出的那样,上述四个事项仅是用于帮助法院决定是否继续诉讼的标准,本身不能

① See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 87—88.

② See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 88.

否定法院对现有当事人所作的判决的效力。^①

最后需要说明的是,虽然 1966 年《规则》是从结论意义上(conclusory sense)而非抽象性质上(abstract nature)使用“必不可少的”当事人一语,即当法院依公平和良心,根据前述四个事项,考虑某人缺席应驳回诉讼时,此人就成为必不可少的当事人,^②尽管《规则》没有使用“必要的”当事人而是使用“若可行则合并的当事人”(persons to be joined if feasible)来指称规则 19 项下的当事人,但是细加分析不难发现,1966 年《规则》仍然将为公正裁决而必要的共同诉讼人分为两类:一类是其缺席并不影响诉讼进行的人;另一类是其缺席就必须驳回诉讼的人。这正对应了前述“必要的”和“必不可少”的当事人的特征。

《规则》规定的另一类共同诉讼人是任意合并的当事人。其适用要件有二:(1)被合并的数人共同(jointly)、分别(severally)或可选择地(in the alternative)主张(作为原告)或被主张(作为被告)任何关于或是产生于同一交易(transaction)、事件(occurrence)或一系列交易、事件的补救权利(right of relief);(2)诉讼中将对所有这些诉讼人产生共同的法律问题或事实问题。但是原告或被告无须对获得或辩驳所要求的一切救济具有利害关系[规则 20(a)]。

此外,在联邦法院进行的任意合并还必须满足联邦法院在案件管辖权上的要求,不违反规则 82 的规定。^③即诉讼中被合并的每一个人必须与任何一个对方当事人具有不同的州籍,同时必须满足所适用的审判地规则的要求。而且一般情况下,各当事人之间争议的最低数额也要符合联邦法院在事物管辖权上的要求(5

① See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 86.

② See Federal Rules of Civil Procedure, Rule 19(b).

③ See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 89.

万美元)。而在州法院,由于不存在这方面的限制,所以州法院中审理的任意合并当事人的案件有时会达到很大规模。例如在纽约州法院审理的 *Akely 诉 Kinnicutt* 238N. Y. 466, 144N. E. 682 (1924)一案中,有 193 名股票购买人作为原告对在发行股票中有欺诈行为的被告提起诉讼。^①

任意合并诉讼的判决可以分别作出,即法院可以根据原告各自救济权利作出一个或数个原告胜诉的判决,可以根据被告各自的责任作出一个或数个被告败诉的判决[规则 20(a)]。

任意合并诉讼具有可分性。法院得发布命令,以防止一方当事人由于其未对之主张请求权的或未对其主张请求权的另一方当事人的参加,而感到为难、遭受延误或负担费用。法院亦得命令分别审理,或发布防止延误或损害的其他命令[规则 20(b)]。法院对于进行任意共同诉讼抑或分别审理拥有自由裁量权。只有在证明法院滥用该项权力的情况下,当事人才能通过上诉撤销法院所作的裁决。判断法院是否滥用自由裁量权的根本标准是看法院对任意共同诉讼的两项适用条件[见规则 20(a)]的认定是否正确。^②

除了以上两类共同诉讼外,美国诉讼中还有一种称为“变通性共同诉讼”的特殊的共同诉讼形式。这种共同诉讼是在很难或不可能事先从几个人中挑选出一个合适的被告时产生的。比如在纽约州法院受理的一宗有关非酒精饮料瓶爆炸的产品责任案件中,当事人就使用了这种共同诉讼形式,将三家商店和六个制造饮料的公司列为共同被告。这一规则用于排除分别起诉时所必然遇到的不便。^③ 同时,由于每个被告选择有利于自己的答辩方针是理

^① See *Louisell, Hazard and Tait, Pleading and Procedure-state and federal*, foundation Press, Inc., 1989, Six Edition, p. 729.

^② See *Jonathan M. Landers, James A. Martin, Stephen C. Yeazell, "Civil Procedure"*, Little, Brown & Company, 1988, Second Edition, p. 480—482.

^③ 参见前注引普钦斯基书,第 50 页。

所当然的事,所以在举证方面,原告会得到被告实质性的帮助,从而有助于最后确定责任承担者。^①

根据规则 21,不论是哪一种形式的共同诉讼,错误合并诉讼人并不构成驳回诉讼的理由。法院经任何当事人申请或依其主动性(initiative),得在诉讼的任何阶段,根据公平的条件,命令减少或增加当事人。对于当事人的任何请求,法院均得予以分开并分别处理。

(三)评论与启示

首先,《规则》摒弃抽象措辞而取之四项因素并辅之以法官主观判断来确定缺席者和现有当事人关系的做法,体现了务实的风格,同时避免了解释利益关系时产生的各种歧义,实现了诉讼事实上不受限制的原则。在贯彻诉讼经济原则方面,颇值得我国研究和参考。

其次,我国民事诉讼法仅将共同诉讼划分为必要共同诉讼和普通共同诉讼两类。未对必要共同诉讼中可能有的不同形态作进一步区分。既然我国民事诉讼法规定不放弃实体权利的必要共同诉讼的原告不愿参加诉讼不影响人民法院对案件的审理和判决,那么当此类原告属于美国规则 19(a)规定的两种情形之一并且诉讼中存在规则 19(b)规定的四个事项(之一)时,我国的上述做法会不会使判决在实际上损害或不利于保护缺席原告的权利?此时,因其缺席而驳回起诉是否更合理?对于此类诉讼所作判决的效力,立法是否应予否认?我们认为,上述问题的答案都是肯定

^① Summers v. Tice, 33 Cal. 2b 80, 199 p. 2b 1 (1948) See Louisell, Hazard and Tait, Pleading and Procedure-state and federal, p. 730.

的。同时,目前我国司法审判实践^①和理论研究^②中都出现了不要求必要共同诉讼人全部参加诉讼的案例和观点,这类似于美国民事诉讼法上的必要而非必不可少的当事人。因此我们有必要借鉴《规则》的做法,针对必要共同诉讼人的不同情况在诉讼上作出更具体、细致的制度安排。

四、代表人诉讼(集团诉讼)

(一)中 国 法

代表人诉讼亦称群体诉讼、多数人诉讼。根据我国《民事诉讼法》的规定,它是指一方当事人人数众多,不能共同进行诉讼,而由代表人进行诉讼,并接受由此产生的诉讼结果的一种诉讼形式(第54条、第55条)。对此,我国民事诉讼法理论界认为,代表人诉讼不应仅限于当事人一方人数众多的纠纷,还应拓展到当事人双方甚至多方人数众多的纠纷。^③根据人数众多的一方当事人在起诉时人数是否确定,我国民事诉讼法将代表人诉讼区分为人数确定

① 参见“艾新民诉青山殡仪馆丢失寄存的骨灰损害赔偿纠纷案”,前注引林准书,第41—43页。

② 参见谭兵主编:《民事诉讼法学》,第212—214页。孔祥俊:《民商法新问题与判解研究》,人民法院出版社1996年版,第127页。

③ 参见谭兵主编:《民事诉讼法学》,第226页。

的代表人诉讼和人数不确定的代表人诉讼。^①

两种类型的代表人诉讼,其共同构成要件是:(1)一方当事人人数众多,实际上不可能共同到庭进行诉讼。“人数众多”,一般指十人以上。^②(2)依法从人数众多的一方当事人中产生出二至五人作为代表人,代表全体当事人进行诉讼。

人数确定的代表人诉讼特有的构成要件是:(1)在起诉时,人数众多的一方当事人的人数确定。在我国,只要众多一方当事人的人数在起诉时确定,即使人数再多,也应适用人数确定的代表人诉讼,而不适用人数不确定的代表人诉讼。^③(2)人数众多的一方当事人具有共同的或者同一种类的诉讼标的。换言之,人数众多的一方当事人之间必须具有相当于共同诉讼人之间的关系。(3)不符合“其他组织”(非法人团体)的情形。多数有共同利益的人,如系设有代表人或管理人的其他组织,应由其代表人或管理人

① 参见刘家兴主编:《民事诉讼法教程》,北京大学出版社1994年版,第147页。谭兵主编:《民事诉讼法学》,第225页。柴发邦主编:《民事诉讼法学新编》,第134页。关于我国民事诉讼法确认的两种类型代表人诉讼的提法,学者意见不一:有的认为是共同诉讼的代表人诉讼和群体诉讼的代表人诉讼(参见马原主编:《民事诉讼法的修改与适用》,人民法院出版社1991年版,第52页);有的认为是共同诉讼的代表人诉讼和人数不确定的代表人诉讼(参见柴发邦主编:《中国民事诉讼法学》;第230—245页);有的认为是选定代表人和集团诉讼(参见金俊银等编:《中华人民共和国民事诉讼法释论》,中国政法大学出版社1991年版,第80页。章武生主编:《民事诉讼法新论》,法律出版社1993年版,第158页)。我们认为,虽然我国《民事诉讼法》第54条将第一类代表人诉讼与共同诉讼联系起来,但是共同诉讼的本质特征是当事人须共同进行诉讼,代表人诉讼却恰恰仅要求由部分当事人代表全体当事人诉讼,故二者存在着本质区别,“共同诉讼的代表人诉讼”的提法有自相矛盾之嫌。至于我国《民事诉讼法》所确认的第二类代表人诉讼,通过下文比较研究可以发现,它并不同于美国的集团诉讼,故不应以集团诉讼指称。但是为了行文方便起见,本文在论述第一类代表人诉讼时仍借用柴发邦先生对共同诉讼的代表人诉讼的分类,将人数确定的代表人诉讼的两各类型称之为必要共同诉讼的代表人诉讼和普通共同诉讼的代表人诉讼,特此说明。

② 最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第59条。

③ 参见前注引章武生书,第161页。

以该组织的名义进行诉讼,不适用人数确定的代表人诉讼制度。^①

人数不确定的代表人诉讼特有的构成要件有:(1)在起诉时,人数众多的一方当事人的人数不确定。即不明确还有多少与起诉人具有同种类法律利益的其他权利人可以或愿意利用同一诉讼程序请求司法保护。由于《民事诉讼法》第 58 条规定了不确定人数的登记程序,所以“不确定”仅限于起诉时,登记程序之后,群体成员的人数确定。(2)人数众多的一方当事人有属于同一种类的诉讼标的。(3)是基于相同的事实问题或法律问题发生的纠纷。若诉因不同,则适用普通共同诉讼的代表人诉讼。需要注意,即便上述要件齐备也不必然采用此类代表人诉讼方式。采用与否由受理法院自由裁量。我国民事诉讼法未对人民法院必须、应该或不得采用此类诉讼的场合作出原则性规定,这与美国《规则》详尽规定适用集团诉讼的条件与场合的做法形成鲜明的对比。

由于此类代表人诉讼在起诉时,人数众多的一方当事人人数不确定,所以我国《民事诉讼法》特别规定了该类诉讼的受理和登记程序。具体而言,人数众多的一方当事人中的部分人起诉后,人民法院经审查符合《民事诉讼法》第 109 条规定的起诉条件以及第 55 条规定的此类代表人诉讼的构成要件的,予以受理。

受理后,人民法院可以发出公告,说明案件情况和诉讼请求,通知权利人在一定期间向人民法院登记(第 55 条)。向人民法院登记的当事人,应证明其与对方当事人的法律关系和所受到的损害。证明不了的,不予登记,当事人可以另行起诉。^②公告期亦即申请登记期限根据具体案件情况确定,最少不得少于 30 日。^③公告期同时也是确定被代

① 《中华人民共和国民事诉讼法》第 49 条第 2 款;最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第 38 条第 2 款。

② 最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第 64 条。

③ 最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第 63 条。

表人范围的期限,逾期没有登记的,不列入被代表人名单,可以依照《民事诉讼法》第55条第4款的规定另行起诉。至于公告的方式,可以根据地址不明的当事人所在地区的范围,在法院公告栏或者受送达人住所地张贴公告,也可以通过新闻途径进行。总之,应选择便于了解公告内容的方式和地点进行公告。

公告并非必经程序,人民法院也可以不发出公告,直接根据当事人的起诉进行审理和判决。^①在某些情形下,人民法院不能发布公告。^②决定是否发布公告实际上是法院决定是否以人数不确定的代表人诉讼方式处理当前纠纷。但是让人遗憾的是,我国民事诉讼立法和理论研究均未系统地阐明人民法院作出决定的标准,使得人民法院在这个问题上主观随意性过大,不利于集团成员利用人数不确定的代表人诉讼机制保护其权益。故此,我们完全可以引入美国《规则》中关于进行集团诉讼的先决条件和附加条件的规定(容后详述),作为人民法院决定发布公告与否的准绳。这一方面可以为人民法院决定是否进行此类代表人诉讼提供统一的标准,另一方面有助于避免人民法院滥用自由裁量权的现象。此外应赋予集团成员对人民法院不发布公告决定的上诉权。

关于代表人的产生方式,我国《民事诉讼法》对两类代表人诉讼的规定不同。人数确定的代表人诉讼中的代表人只能采用当事人推选的方式的产生。既可以由全体当事人推选共同的代表人,也可以由部分当事人推选自己的代表人;推选不出代表人的当事人,在必要的共同诉讼中可由自己参加诉讼,在普通的共同诉讼中可以另行起诉。^③

人数不确定的代表人诉讼的代表人依顺序采用“推选→协商

① 参见马原主编:《〈民事诉讼法适用意见〉释疑》,第43页。

② 参见谭兵主编:《民事诉讼法学》,第232页。

③ 最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第60条。

→指定”三种方式产生。即先由当事人推选代表人,当事人推选不出的,可以由人民法院提出人选与当事人协商,协商不成的,也可以由人民法院在起诉的当事人中指定代表人。^① 一经指定,当事人和参加登记的权利人必须服从,不得提出异议。^② 按照上述规定,此类代表人诉讼的代表人可以仅代表部分当事人,在这种情况下,原先的一个群体(集团)将被分解为由不同代表人代表的若干小集团。由于最高人民法院将指定代表人限制在“起诉的当事人”中,所以这里存在一个问题,如果推选不出代表人的当事人都是登记后的权利人,那么是否意味着人民法院只能从该群体外为他们指定代表人? 这是否有利于保护该群体的利益?

在两种代表人诉讼中,代表人的权限是一致的。首先代表人是诉讼当事人,因此享有民事诉讼法规定的当事人的诉讼权利,承担相应的诉讼义务。每位代表人可以委托一至二人为诉讼代理人。^③ 其次作为代表人,其诉讼行为对其所代表的当事人发生效力,但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求,进行和解,必须经被代表的当事人同意(第54条,第55条第3款)。“同意”包括事前授权和事后同意。

关于代表人权利的取得和其诉讼行为的后果,我国在修改《民事诉讼法》过程中有不同的主张。^④ 虽然理论上代表人可以行使当事人的一切权利,但是为了防止诉讼代表人与他人恶意串通损害当事人的合法权益,民事诉讼法采纳了限制与约束代表人权利的意见。对此有学者指出:上述制度设计虽有其合理性,但是这一限制性规定对于人数特别多、当事人分布特别广的案件是行不通

① 最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第61条。

② 参见马原主编:《〈民事诉讼法适用意见〉释疑》,第42页。

③ 最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第62条。

④ 参见马原主编:《民事诉讼法的修改与适用》,第53页。

的。对于此类情况,只能通过加强法院监督以及引入代表人公告通知等办法来解决。^①考虑到人数不确定的代表人诉讼将会适用于如消费者保护、环境保护、证券交易、反垄断、虚假广告和标准合同等“小额多量”的纠纷,我们认为上述意见颇有道理,我们有必要研究、借鉴美国集团诉讼的做法(容后详述)。

我国《民事诉讼法》未规定代表人应具备的条件,这是一个很大的缺陷,不利于监督代表人和维护其他当事人的合法权益。学者主张合格诉讼代表人应具备以下条件:(1)是人数众多一方当事人的成员,与其他成员具有共同利益;(2)具有诉讼行为能力;(3)能公正善意地维护全体当事人的合法权益。同时,若被代表人认为代表人不能公正妥善地保护他们的利益则有权向人民法院申请更换代表人。人民法院在审理中发现诉讼代表人不适格的,也有权通知当事人更换代表人。^②

关于代表人诉讼的管辖问题,我国民事诉讼法未见规定。参照共同诉讼的规定和学理解释,必要共同诉讼的代表人诉讼和人数不确定的代表人诉讼适用先受理原则,即最先受理这两种代表人诉讼案件的管辖法院须及时通知与该案有关的法院,该案已作为代表人诉讼受理,其他法院丧失对该案的管辖权。对管辖权发生争议的,按指定管辖办理。普通共同诉讼的代表人诉讼与普通共同诉讼一样,法院必须对涉讼当事人都有管辖权。

代表人诉讼的效力因类型不同而有区别。在人数确定的代表人诉讼中,判决、裁定效力及于全体当事人。在人数不确定的代表人诉讼中,人民法院作出的判决、裁定,对参加登记的全体权利人发生法律效力,在登记的范围内执行;未参加登记的权利人在诉讼时

① 参见前注引章武生书,第165页。

② 参见柴发邦主编:《中国民事诉讼法学》,第242页;谭兵主编:《中国民事诉讼法要论》,第195页。前注引章武生书,第162页。

期间提起诉讼,人民法院认定其请求成立的,裁定适用该判决、裁定。^①

(二)美 国 法

美国民事诉讼法中适用于大规模群体诉讼的制度是集团诉讼(class action)。按照《布莱克法律辞典》的定义,集团诉讼也称代表人诉讼,是指在一个大规模的群体与某一事实(matter)有利害关系的场合,一人或数人可以作为代表而不必联合集团中的每一个成员起诉或应诉的一种(诉讼)方式。^②美国学者玛莉·凯·凯恩认为:“集团诉讼是允许一人或几人代表他们自己和那些声称受到同样侵害或者是以同样的方式被侵害的其他人起诉或应诉的制度。”^③虽表述有别,但都反映了集团诉讼制度的特征。

目前,美国基本上有五种集团诉讼的制定法。一是少数几个州根据衡平法上的救济制订的集团诉讼规则。二是以《菲尔德法典》作为民事诉讼规则的那些州所适用的集团诉讼规则。三是1938年《规则》第23条的集团诉讼规则,尽管联邦法院已弃之不用,但仍有几个州适用。四是联邦法院和几个州适用的1966年《规则》第23条。五是晚近刚刚产生的,纽约州《民事诉讼最新规则》所采用的,1976年提出来的《统一集团诉讼规则》。其中,第四种类型的集团诉讼适用面最广。^④以下将以1938年和1966年的《规则》为主,阐述美国的集团诉讼制度。

1938年《规则》突破了集团诉讼只适用于衡平法救济的传统,

① 《民事诉讼法》第55条第4款:最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第64条。

② See Black's Law Dictionary, p. 226.

③ 参见[美]玛莉·凯·凯恩:《集团诉讼》,载《外国法学译丛》1982年3期,第39页。

④ 参见前注引玛莉文,第39—41页。

将集团诉讼引入了普通法救济领域。^① 根据当事人为本集团或针对该集团请求强制实施的权利的抽象性质,《规则》将集团诉讼分为真实型(true category)、混合型(hybrid category)和虚设型(spurious category)三类。真实型包括联合的(joint)、共同的(common)或从属的(secondary)权利;混合型包括与特定财产有关的数项权利;虚设型包括受共同问题影响以及与共同救济有关的数项权利。就效力范围而言,真实型和混合型集团诉讼的判决将(以不同方式)扩及整个集团,包括代表人、被代表的诉讼当事人和不是当事人的其他成员。^② 虚设型的判决将仅及于所有参加诉讼的当事人。之所以作上述区分,是为了通过界定集团诉讼的类型,精确地描述可适用集团诉讼的场合,同时通过阐明各类型中判决的效力范围,确保判决于后续诉讼中受质疑时,其对于既判事项的效力(res judicata effect of the judgement)不受影响。^③

但是,实践中运用1938年《规则》第23条困难重重。第一,作为分类基础的权利性质的措辞晦涩难懂、含义不明。在审判中,法院遇到了许多解释这些措辞方面的困难。第二,《规则》没有为法院确定集团诉讼判决效力范围提供充分的指示,以致实践中某些法院通过修改“数项权利”的含义将某一诉讼归为真实型集团诉讼或暗示判决及于全体集团成员,而某些被法院归为虚设型集团诉讼的,实际上判决应扩及所有集团成员。第三,“虚设型集团诉讼”名不符实。因为它并不涉及集团中不参加诉讼的当事人的权利和义务,“集团”并不完整。第四,《规则》未规定在诉讼中应采用的、

① See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, p. 91. 另参见庄淑珍、董天夫:《我国代表人诉讼制度与美国集团诉讼制度的比较研究》,载《法商研究》1996年第2期,第77页。

② 参见前注引米尔顿书,第71页。

③ See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 93.

确保程序公正的措施,特别是与确定判决效力范围密切的相关的通知问题。

《规则》于1966年作了较大规模的修订,采用了更务实的措辞界定进行集团诉讼的几种场合。

对于集团诉讼的适用条件(构成要件),新《规则》从先决条件(prerequisites)和适用场合(附加条件)两方面作出规定。

集团诉讼的先决条件共三类四项。一是集团人数众多,不可能进行全体成员的共同诉讼;二是集团具有共同的法律问题和事实问题;三是对诉讼代表人(representative parties)的资格要求,包括两项:(1)诉讼代表人的请求或答辩在集团的请求或答辩中是典型的,具有代表性;(2)诉讼代表人将公正并充分地维护集团的利益[规则23(a)]。这里包含了对代表人资格的规定。

除具备上述先决条件,还须具备规则23(b)规定的附加条件才能进行集团诉讼。换言之,只有在规则23(b)确认的三种场合才能使用集团诉讼,使用集团诉讼才是正当合法的。^①

场合一:个别集团成员提起或被提起单独的诉讼,会产生下列风险:(1)对集团个体成员作出矛盾或不同的判决,从而给集团相对方当事人设定不相容(incompatible)的行为标准;或(2)对集团个体成员的判决,实际上会影响非判决当事人的其他集团成员的利益,或大大削弱或妨碍其他集团成员保护自身利益的能力[规则23(b)(1)(A)(B)]。

《美国宪法》第14条修正案规定的“正当程序(due process)”规则

① 按照英美法通常的准则,在诉讼中没有被指定为当事人或者没有通过送达传票程序成为当事人的人,不受法院判决的约束。《美国宪法》第14条修正案“正当程序规则”是这一理念的法律表现。故对于有突破上述理念之虞的集团诉讼,《规则》起草者于制度创设时即强调通过完善的程序规定保障集团成员的权利,以便不违背宪法的精神。故有所谓“正当合法地使用集团诉讼”一说。

构成美国法中引入集团诉讼机制的最大障碍,^① 因为集团诉讼会使某些集团成员在未成为诉讼当事人的情况下,未经正当法律程序而受判决的约束。对此,《规则》起草者通过对宪法第 14 条修正案作扩大解释,确立了集团诉讼的合宪性并使之得以存在与发展。他们指出,第 14 条修正案的宪法精神是保护权利主体的合法权益。在某些法院必须审理的案件中,对集团成员分开个别审理恰恰会损害权利主体的合法权益。这可以从以下两个方面来理解:

首先是集团相对方。当某人对由多人构成的集团享有权利或承担义务时,如果对集团中的每个成员分别判决,一旦判决内容冲突或不一致,就会使相对方在执行判决时无所适从。在这种场合,适用集团诉讼能有效地消除相对方面面临的两难境地,不仅不违背宪法精神而且极其必要。个人起诉要求宣告市府发行的债券无效或须附加限制条件,要求阻止或限制特别拨款,要求强制实施征税或宣告征税无效以及个人对河岸所有者的诉讼、个人对土地所有者有关消除妨碍的诉讼都属于规则 23(b)(1)(A)规定适用集团诉讼的情形。^②

其次是其他集团成员。规则 23(b)(1)(B)为保护集团内部非判决当事人的成员的利益而设。对集团个别成员判决有可能使那些虽然未被囊括于判决中但事实上受其影响的集团成员由于在诉讼中没有代表人,其利益要求无法得到主张。尤其是在作为诉讼标的的财产(fund)无法满足所有请求时,对个别集团成员的判决必然或极有可能在事实上影响那些本应有诉讼代表人的集团成员的利益。在这种场合,不进行集团诉讼恰恰违背了宪法第 14 条修正案之“正当程序”的要求。

① 参见江伟、贾长存:《论集团诉讼》,载《中国法学》1988 年第 6 期、1989 年第 1 期。

② See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 94.

从以上分析可以看出,解决某些场合由个别诉讼产生的问题,构成了必须引入集团诉讼机制之正当性与合目的性的主要根据。^①同时需要指出,规则23(b)(1)所考虑的事项与规则19(a)规定的进行当事人强制合并的某些要素是一致的。

场合二:集团相对方当事人已经基于普遍适用于集团的理由作为(act)或拒绝作为,因而应对整个集团作出适当的终局的禁止性救济或相应的宣告权利的救济[规则23(b)(2)]。

根据顾问委员会解释,即使集团相对方的作为或不作为只是针对或仅影响集团的一个或数个成员,但只要是基于普遍适用于集团的理由,该项作为或不作为也将被认为是指向集团的。宣告权利的救济(declaratory relief)与禁止性救济“相对应”是指该宣告权利的救济实际上构成禁止性救济或为以后采取禁止性救济提供基础。但是本条款不适用于正确的终局性救济仅仅或主要与金钱损害赔偿有关的案件。^②

属于上述场合的集团诉讼案件主要是公民权利(civil rights)领域的案件。在这些案件中,集团相对方被诉非法歧视成员不确定的集团的成员。除此之外,这一类型的集团诉讼还可以适用于以下场合:当某个销售商宣称,他以高于给予其他购买者的价格将产品出售给某一范围内的众多的购买者,而可适用的法律禁止这种价格差别时,这些众多的购买者可以集团诉讼寻求特定的(specific)或宣告权利的救济。同样地,当某个机械的专利权人以买方或被许可人同时要购买其他非专利机械或获得这些非专利机械的使用许可为条件销售或许可使用专利机械时,为检验这一附带条

① See *Hansberry v. Lee* 311 U. S. 32(1940). See Jonathan M. Landers, James A. Martin, Stephen C. Yeazell, "Civil Procedure", Little, Brown & Company, 1988, Second Edition, p. 547.

② See *Federal Civil Judicial Procedure and Rules*, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 95.

件的合法性,人数众多的购买者、被许可人或者非专利机械的竞争销售商、许可人均可提起集团诉讼。

场合三:法院认定集团成员所具有的共同的法律问题支配着任何仅影响个体成员的问题,并且集团诉讼较之其他可资利用的方法在公正有效地判决争议方面是最好的方法(规则 23(b)(3))。

这类场合本不需要使用集团诉讼,但是基于对特定事实(下述)的考虑,若集团诉讼有助于实现诉讼经济,节省为诉讼而付出的时间、精力和费用,并且有助于统一地位相似的个人的判决而不会牺牲程序正义或带来其他意想不到的后果,则引入集团诉讼将是便利和有必要的。

要维持此类集团诉讼,法院认定集团的共同问题对仅影响个别成员问题具有“支配性”(predominance)是必要条件。只有以集团诉讼方式可从总体上获得诉讼经济,才存在“支配性”。因此,存在共同的事实问题本身不足以构成“支配性”,法院必须将共同问题与集团成员的个别问题进行权衡方可确定。^①顺便说一句,在我国民事诉讼法中,“诉讼标的属同一种类”和“纠纷基于相同的事实问题产生”这两项适用条件究竟在人民法院决定是否采用人数不确定的代表人诉讼时是参考性标准还是决定性标准,并不明确。从实践情况看,只能认为是参考性标准。那么,决定人民法院必须采用此类代表人诉讼的标准或分析方法究竟是什么?美国法的立法与实践对我们是有启发意义的。

鉴于存在上述标准,顾问委员会指出,导致多人受伤害的大规模意外事故(mass accident)一般不采用集团诉讼。因为诉讼中所涉及的损害、责任以及对责任的辩驳等问题对每个人都是不同的,具有独特性。此时,名义上以集团诉讼方式进行的诉讼实际上会

① See *In re Northern District of California Dalkon Shield Products Liability Litigation* 693 F.2d 847(9th Cir. 1982).

退化为单独审理的多人诉讼(multiple lawsuits separately tried)。^①根据这一注释,许多法院拒绝以集团诉讼方式处理大规模侵权案件。^②除非是在典型的大规模侵权,比如飞机失事或游船食物中毒的场合,近因(proximate cause)可以用集团诉讼的方式确认,因为同一起灾难的原因对于各原告是相同的。^③

必须指出,在产品责任诉讼中,由于产品造成的人身损害以及侵权人根据原告各自的情况所采用的答辩各不相同,个别问题的数量大大超过共同问题,所以在美国司法实践中,法院一般都驳回原告就产品责任和由私人产品造成的大规模损害进行集团诉讼的申请。

但是在 Agent Orange Product Liability Litigation 506 F. Supp. 762(E. D. N. Y. 1980)和 Payton 诉 Abbott Labs 83 F. R. D. 382(D. Mass. 1979)两案中,联邦地方法院有条件地采用集团诉讼方式处理产品责任纠纷。在 Agent Orange 案中,法院提出以下四项理由,认为该案符合规则 23(b)(3)进行集团诉讼的要求。(1)诉讼尚处早期阶段,消除预备事项(preliminary issues)将影响各原告的请求;(2)在这个法律的未测领域(untested area of law)进行举证和发现(discovery)将是昂贵和复杂的,单个律师不可能胜任;(3)所有未决的案件已经按照多区诉讼程序(multidistrict litigation procedures)提交同一法院;(4)所有未决的和将来的案件中的事实和争论点是相同(identical)或类似(parallel)的。在 Payton 案中,法院发现在两个已经进行的个人提起的同一产品侵权责任诉讼

① See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 96.

② See Louisell, Hazard and Tait, Pleading and Procedure-state and federal, Foundation Press, Inc., 1989, Six Edition, p. 730.

③ See Jonathan M. Landers, James A. Martin, Stephen C. Yeazell, "Civil Procedure", Little, Brown & Company, 1988, Second Edition, p. 559.

中,90%的审理时间花在确定“是否及何时被告知道或应当知道产品的危险性”方面,故对未决的和未来的诉讼采用集团诉讼方式。但是在上述两案中,法院都将确认因果关系(causation)和损害赔偿排除于集团诉讼程序。^①

在该场合采用并维持集团诉讼的另一个必要条件是较之其他可资利用的方法,集团诉讼具有“优越性”(superiority)。因为如果其他方法更实用,比如经当事人同意,将一个或数个诉讼作为判案标准或示范性诉讼(test or model action),可能比集团诉讼或合并诉讼(consolidate action)更可行、更有效,那么此时,仅具有占支配地位的共同问题这一条件不足以使集团诉讼获得正当性(justify)。此外,审判实践表明,即使许多单个诉讼同时进行,有时也可以通过避免重复发现程序或类似措施的安排减轻当事人和法院的负担。因此,为了强调法院在当事人的协助下应当注意评估各种可供选择的解决争议的机制的优点,《规则》要求在“场合三”,集团诉讼优于其他可利用的方法是维持集团诉讼的另一个必要条件。

鉴于法院对集团诉讼方式的“支配性”和“优越性”的认定是“场合三”适用集团诉讼的必要条件,规则23(b)(3)规定了四类事项供法院在认定时参考。当然,这四个方面并未穷尽所有法院应该考虑的问题。

认定事项包括:(1)集团成员在各自控制单个诉讼(separate actions)的起诉或答辩方面的利益。(2)集团成员已经提起或被提起的关于争议的任何诉讼的范围和性质。法院应当知晓任何未决的、以集团成员作为原告或被告的诉讼。若集团个体成员进行单独诉讼的利益足够重大,则可以拒绝采用集团诉讼;反之,若这些利益仅是理论上而非现实性的,若集团具有很强的内聚力(cohe-

^① See Jonathan M. Landers, James A. Martin, Stephen C. Yeazell, "Civil Procedure", Little, Brown & Company, 1988, Second Edition, p. 559—560.

siveness),若通过代表人进行诉讼很受欢迎或个人争议的数额太小以致单独诉讼不可行,则都应适用集团诉讼。此外,单独诉讼给集团相对方当事人以及法院在安排日程方面造成的负担,也应予以考虑。^①(3)将数项请求的诉讼集中于一个法院提起是否适宜。为此,要求法院将通过集团诉讼在一个法院合并审理数项请求与让各项请求在各自的法院提起进行对照,确定前者的必要性和价值所在。^②(4)在处理集团诉讼时可能遇到的困难。

规则23(c)(2)还规定了“场合三”下的通知程序,明确了法院在整个审判过程中的通知义务。在根据规则23(b)(3)提起的任何集团诉讼中,法院应视情况以最可行的方式向集团成员发出通知书,其中包括向经过合理努力可以确定身份的所有成员发出个别通知书。通知书应告知各成员:(1)如果其在规定日期前提出请求,法院将把他排除于集团之外;(2)不论判决对其是否有利,判决均将包括所有未请求排除的成员;(3)任何未请求排除的成员,如果愿意,均得通过律师出庭。根据顾问委员会的注释,不论成员是否通过律师出庭,均将受判决的约束。^③

关于集团诉讼的受理与维持,《规则》规定:作为集团诉讼提起的诉讼开始后,法院应尽快通过命令决定该诉讼是否以集团诉讼的方式维持[规则23(c)(1)]。这一程序是要求法院根据规则23(a)的先决条件和规则23(b)的附加条件以及尽快作出决定的现实可行性,对当前诉讼的性质和方式作出明确的界定。上述命令可以附条件[规则23(c)(1)],比如法院可以规定,只有当某一类

① See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 96.

② See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 96.

③ See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 97.

型的成员参加诉讼,从而增强当事人的代表性时,才能维持集团诉讼。此外,如果随着事态的发展,原先决定变得不合理,则法院可以在对实体问题作出判决之前变更或修改命令[规则 23(c)(1)]。

如果法院的命令是否定性的,那么当前诉讼中有关集团诉讼的特征将被剥离。虽然此时诉讼不是集团诉讼,但是法院仍然可以在作出实体判决之前接纳其他人参加诉讼,以便使诉讼涉及到尽可能多的可方便处理的利益问题。非集团诉讼参加人是否得主张附属管辖(ancillary jurisdiction)或享有因诉讼开始而中断诉讼时效的利益,将取决于那些调整管辖和时效问题的法律。^①

关于判决的效力范围,规则 23(c)(3)项规定:根据本条规则(b)(1)或(b)(2)(即场合一和场合二)进行的集团诉讼的判决,不论是否有利于集团,均应包括并载明法院认定属于集团成员的人。根据本条规则 b(3)进行的集团诉讼的判决,不论是否有利于集团,均应包括并指明或载明(specify or describe)被送达规则 23(c)(2)规定的通知书的成员和未请求排除的成员以及法院认定属于集团成员的人。

“指明”(specify)和“载明”(describe)是判决书中当事人的列名方法。《规则》根据不同类型的集团诉讼作出不同的规定。对于前两种场合使用的集团诉讼,判决书只需载明集团成员而不必指明每个成员;而在“场合三”的集团诉讼中,判决书应指明那些被确定(identified)的成员,同时载明其他成员。^②

在美国民事诉讼实践中曾出现过一些以虚设型集团诉讼方式进行诉讼,尽管名义上要求判决仅及于当事人和其他在法院作出

① See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 97.

② See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 97.

实体判决前参加诉讼的人,但是有的法院却允许某些集团成员在作出对其有利的判决之后介入以取得判决上的利益,而当判决不利于他们时则不介入的问题。这就是所谓的虚设型集团诉讼的“单向介入”(one-way intervention)。在修改后的《规则》下,诉讼是否属集团诉讼性质于诉讼开始时即被确定下来;不论判决是否有利,均将及于经通知确定的整个集团;在“场合三”中,不愿受判决约束的成员必须于实体判决前申请排除。上述制度设计取消了单向介入赖以存在的基础,^①值得我们在解决我国民事诉讼中出现的集团诉讼“搭便车”的问题时参考和借鉴。^②

关于代表人权限,《规则》规定:未经法院许可,集团诉讼不得撤销或和解。拟议撤诉或和解,应当按照法院指示的方式通知集团全体成员[规则23(e)]。由于美国集团诉讼中的代表人是由起诉人及法院通知参加诉讼的集团成员担任而不是由代表人推选的,故有上述制度设计,由法院监督代表人行使诉讼权利。

值得一提的是,为确保集团诉讼成为公正高效的诉讼方式,《规则》结合集团诉讼的特殊性,规定了法院以命令引导诉讼进行的权利和义务,颇具特色。

根据规则23(d),在适用本条规则进行诉讼时,法院得发布适当的命令:

(1)决定诉讼的程序或规定关于防止证据出示或辩论方面出现不当重复或繁琐的措施。即法院得考虑诉讼程序如何有序进行以及应采取的简化举证和辩论的措施。

(2)为保护集团成员或为公正地进行诉讼,要求按照法院指示

① See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 97.

② 参见刘磊:《关于我国代表人诉讼制度的经济学分析》,载《法商研究》1997年第1期。

的方式将下列事项通知部分或全体成员:诉讼中的任何步骤,或拟议的判决范围,或成员表达其是否认为陈述适当和充分的机会,或成员介入并提出请求或答辩或者参加诉讼的机会。

上述规定列举了某些可能需要发出的通知,但并未穷尽所有需要发出通知的情形。《规则》并不要求法院在诉讼的任何阶段都发出上述通知,而是交由法院自由裁量,但要求法院注意通知的效用(availability)。一般认为,在集团具有内聚力(cohesiveness)或统一性(unity),并且诉讼代表人能充分代表集团成员の場合,法院可不必发出上述通知。因此上述通知主要用于规则 23(b)(3)所规定的集团诉讼の場合。需要注意的是,在第三种場合的集团诉讼中,法院发出某些通知,比如依照规则 23(c)(2)发出的、为了让集团成员行使退出权的通知,是其必须履行的强制性的义务而不能由其自由裁量。之所以要求法院发布强制性通知(mandatory notice)与自由裁量通知(discretionary notice)是为了满足宪法第 14 条修正案之正当程序的要求。

根据审判实践中归纳的经验,顾问委员会提出了若干指导法院使用通知的意见,包括:法院发布通知须遵循其特定的目的,但可不必遵照正式的送达程序;法院在诉讼的某一阶段发出通知,并不意味着因此他在后续阶段也必须发出通知;发出通知是为了保护集团成员的利益或为公正地引导诉讼,法院不能将通知仅作为诱使成员提出请求的工具。^①

(3)对诉讼代表人或参加人规定条件。上述规定确认了法院对集团诉讼附加条件的可能性,这对应了规则 23(c)(1)的规定。

^① See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 98.

同时它还明确,为适当有效地进行诉讼,有必要对诉讼参加规定条件。^①

(4)要求修改诉答文书(pladings),以取消对缺席者的陈述所作出的论断,并要求诉讼照常进行。该项命令是为规则23(c)(1)法院确定诉讼的性质和方式服务的。

(5)处理类似的程序性事项。

上述命令得与规则16规定的命令相结合,并可以随时根据需要加以变更或修改。

除了以上规定,规则23(c)(4)允许在适当的时候,某些诉讼可以在特定争议事项上作为集团诉讼提起或维持。例如在欺诈或类似案件中,当事人可以仅就确定责任方面采用集团诉讼;除此之外,集团成员将单独诉讼,证明各自请求的数额。^②一个集团也可以分为若干小集团,每个小集团均得视为一个集团,规则23的规定应加以相应地解释和适用。

(三)评论与启示

我国一些学者认为,《民事诉讼法》第55条规定的代表人诉讼与美国的集团诉讼相比,适用条件大致相同,仅是内容上有差别,将其界定为集团诉讼并无不当。^③对此我们不敢苟同。因为对比两项制度不难发现,二者差别悬殊,性质与功能迥异。

第一,适用条件不同。集团诉讼不以起诉时人数是否确定为条件,成员确定与不确定的集团均可采用集团诉讼方式。并且在整个诉讼过程中,除场合三外,并不要求成员确定。不以成员确定

^① See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 98.

^② See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 97.

^③ 参见前注引章武生书,第160—162页。

与否作为条件是解决大规模纠纷的前提之一。我国《民事诉讼法》第 55 条的代表人诉讼须以起诉时人数未确定为条件,在登记程序后(审理前)群体成员人数将被确定。

第二,适用场合不同。集团诉讼适用于必须采取集团诉讼,不能采取个别诉讼的场合(场合一、二)和选择性地采用集团诉讼的场合(场合三)。人数不确定的代表人诉讼仅适用于诉讼标的属同一种类的场合,此时采用此类代表人诉讼是选择性的(这也可以从人民法院发布公告不属强制性义务得到证明)。

第三,集团成员范围和确定方式不同。在场合一[规则 23(b)(1)]、场合二[规则 23(b)(2)]进行的集团诉讼始终包括全体法院认定属集团成员的人;在场合三[规则 23(b)(3)]进行的集团诉讼以法院发布通知、成员申请排除的方式确定成员范围。人数不确定的代表人诉讼以法院公告、成员登记的方式确定成员范围。由于集团诉讼采取排除法,成员不申请则归属集团,而人数不确定的代表人诉讼采取登记法,成员不登记则排除于集团之外,所以两种制度下确定的集团范围是很不同的,集团规模越大,这种差别就越明显。

第四,代表人产生的方式不同。集团诉讼中的代表人由起诉人及法院通知参加诉讼的集团成员担任。人数不确定的代表人诉讼的代表人须由确定的成员以法定方式产生。实际上,这种区别是与集团成员在审理前是否必须确定相联系的。

第五,代表人的权限不同。集团诉讼不要求代表人在成员的特别授权下才能处分实体权利,法院是其行使和解与撤诉权利的监督者。人数不确定的代表人诉讼要求代表人获得全体被代表人同意方可处分实体权利。形成上述区别仍是以审理前集团成员是否必须确定为其可能性基础的。我国的既有制度设计已构成运用

人数不确定的代表人诉讼方式解决大规模诉讼的障碍。^①

第六,判决的扩张性和效力范围不同。集团诉讼判决的效力具有直接扩张性,除成员依场合三下的通知有将自己排除于判决以外的权利外,判决直接约束集团所有成员。我国人数不确定的代表人诉讼的判决不具有直接扩张性,其效力不及于未登记的集团成员。

第七,集团成员不受判决约束或保护的原因不同。在场合三进行的集团诉讼的判决之所以不约束某些成员,是因为此时采用集团诉讼的“支配性”和“优越性”根据不是对每个成员都存在,某些成员有权不选用集团诉讼机制;另外,代表人未充分代表亦构成否定判决效力的理由,这些都是美国宪法第 14 条修正案“正当程序”规则的体现。在人数不确定的代表人诉讼制度下,未登记的成员在诉讼时效期间外起诉将不能适用人民法院的生效裁判,这是“诉讼时效”这一实体法制度本身使然,与程序正义的要求无涉。

除此以外,美国集团诉讼有许多确保该诉讼机制高效公正运作的规定,比如代表人资格要求、法院的监督权利和义务等;我国这方面的制度尚告阙如,也影响了人数不确定代表人诉讼的效能。

从以上分析可以看出,美国集团诉讼的所有制度设计都服务于其解决大规模纠纷的目的,这也是该制度之所以产生并独立于共同诉讼而存在的原因。我国人数不确定代表人诉讼与集团诉讼的上述区别则表明,该制度更多地带有共同诉讼的特点,并未突破共同诉讼的基本框架,正因此,实践中该制度在解决大规模诉讼方面的效果并不理想。这与我国学者从一开始就认为集团诉讼只是共同诉讼的一种特殊形式有关。^② 其实,从集团诉讼制度的产生

① 参见前注引齐树洁书,第 100 页。

② 参见常怡主编:《新中国民事诉讼法学研究综述(1949—1989)》,长春出版社 1991 年版,第 194 页。

历史、理论基础及现有制度来考察,该制度恰是对必要(必不可分的)当事人合并中的“正当程序”规则的突破。综上所述,我们认为,我国有必要借鉴美国的集团诉讼,对现有制度作进一步突破,使人数不确定的代表人诉讼真正适应现代社会的要求,成为名副其实的解决大规模纠纷的机制。

五、诉讼第三人

民事诉讼通常是在原、被告双方当事人之间进行的,但在特定情况下,也会涉及到原、被告以外的人。为维护其利益,各国在民事诉讼当事人制度体系中构建了诉讼参加人(intervener)(第三人)制度。

(一)中 国 法

根据我国《民事诉讼法》第56条的规定,第三人是指对当事人双方(原告和被告)的诉讼标的认为有独立请求权,或者虽没有独立请求权,但案件处理结果同他有法律上的利害关系,而参加到正在进行的诉讼中的人。按照第三人参加诉讼的根据、方式和诉讼地位的不同,分为有独立请求权的第三人和无独立请求权的第三人。

有独立请求权的第三人是对原、被告争议的诉讼标的认为有独立请求权而参加诉讼的人。一般认为,有独立请求权的第三人参加诉讼的根据是其对本诉当事人争执的诉讼标的所享有的独立的实体上的请求权。^①所谓独立请求权是指该第三人所主张的请求权既不同于本诉原告向被告提起的诉讼请求,也不同于本诉被告向原告提起的答辩或反诉请求,其主张的请求权是针对本诉原

^① 对此有学者提出异议,认为应当是其对诉讼中原、被告所主张的独立的民事实体请求权。参见谭兵主编:《民事诉讼法学》,第181—182页。

告和被告的。故有独立请求权的第三人参加诉讼时必须以本诉的双方当事人作为共同被告。有独立请求权第三人有权向人民法院提出诉讼请求和事实理由,成为当事人。^①在参加之诉中,他相当于原告,享有当事人的诉讼权利并承担相应的诉讼义务。但是,他无权对管辖权提出异议。^②在诉讼过程中,若原告依法撤诉,则有独立请求权第三人将成为另案原告,原案原告、被告成为另案被告,诉讼亦另行进行。^③因此,有独立请求权第三人的诉讼地位具有独立性和牵连性。^④根据第三人和本诉中当事人之间诉讼标的的关系,可以把有独立请求权第三人分为有全部独立请求权的第三人和有部分独立请求权的第三人。

有独立请求权第三人参加诉讼的时间限于本诉被告应诉后,本诉审理终结前,即于他人之间的诉讼正在进行时参加诉讼。这里的诉讼程序仅指审理程序,不包括执行程序、特别程序等。在一审中没有参加诉讼的第三人可以在二审中申请参加诉讼;二审法院对于准许第三人参加诉讼的案件,经调解达不成协议的,应裁定撤销原判,发回重审,不能判决结案。重审时,原二审中的第三人为重审案件的当然参加者,无须另具申请。

根据《民事诉讼法》第56条,有独立请求权第三人以提起诉讼作为参加诉讼的方式。其起诉行为应符合民事诉讼法关于起诉条件的规定。如果第三人的起诉不符合条件,人民法院应予驳回,有独立请求权第三人对驳回起诉的裁定不服可以上诉。根据处分原则,有独立请求权第三人有权不提起诉讼。受诉法院可以依职权将案情通知该第三人,但不能强令其参加诉讼。如果他事后以原

① 最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第65条。

② 参见柴发邦主编:《中国民事诉讼法学》,第260页。

③ 最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第160条。

④ 参见谭兵主编:《民事诉讼法学》,第187—189页。

告身份提起诉讼。人民法院应依法受理,不得以其未作为第三人参加诉讼而拒绝。^①

无独立请求权的第三人,是指虽然不对原告和被告之间的诉讼标的主张独立的请求权,但因案件的处理结果与他有法律上的利害关系而申请参加诉讼或者由法院通知其参加诉讼的人。关于无独立请求权第三人是否属于当事人,我国学术界有争论。^②

无独立请求权第三人参加诉讼的根据是案件的处理结果与他有法律上的利害关系,与第三人参加的另一法律关系有牵连,第三人的权利义务将受到影响。但是应当注意,这与当事人之间的债权债务连带关系不同,后者可能是共同诉讼而非第三人参加诉讼。在司法审判实践中,法律上利害关系的表现形式主要有三种:第一,本诉一方当事人败诉的责任可全部或部分归咎于第三人。第二,本诉一方当事人败诉虽然不由第三人所引起,但该当事人基于某种法律关系可对第三人主张替代赔偿的权利。保险公司常成为此类案件的无独立请求权第三人。第三,本诉一方当事人与第三人存在某一法律关系(如合同),本诉一方当事人败诉对第三人在该法律关系下的权利义务产生直接地影响。这主要存在于连环合同纠纷中。^③ 最高人民法院《关于在经济审判工作中严格执行〈民事诉讼法〉的若干规定》第9—11条规定了不得作为无独立请求权第三人案件的几种情况。

无独立请求权第三人的诉讼地位具有依附性、独立性和可替代性。^④ 其参加诉讼后,在诉讼中享有当事人的诉讼权利并承担

① 参见谭兵主编:《民事诉讼法学》,第185页。

② 参见柴发邦主编:《中国民事诉讼法学》,第261页。前注引刘家兴书,156—159页。

③ 参见“中国东方租赁有限公司诉吉林省长春市电子工业局、吉林省国际经济技术合作公司融资租赁公司拖欠租金纠纷案”,前注引林准书,第67—72页。

④ 参见谭兵主编:《民事诉讼法学》,第198—201页。

相应的义务。判决承担民事责任的无独立请求权第三人有权提出上诉。但是该第三人在一审中无权对案件的管辖权提出异议,无权放弃、变更诉讼请求或申请撤诉。^①

无独立请求权第三人参加诉讼的时间是在本诉原、被告之间的诉讼正在进行时。其直接参加二审的处理办法与有独立请求权第三人相同。

无独立请求权第三人参加诉讼的方式有:一是由自己申请参加,二是由人民法院主动通知其参加。对于一经法院通知,无独立请求权第三人是否负有参加的义务,我国学者意见不一。根据司法解释,无独立请求权第三人经人民法院传票传唤,无正当理由拒不到庭的,或者未经法庭许可中途退庭的,不影响案件审理。^②

(二)美 国 法

《规则》关于第三人参加诉讼的规定见诸于规则 14“吸收第三人的程序”(第二章诉答书状和申请书)和规则 24“诉讼参加”(第四章当事人),体例颇为特别。

《规则》确认了三种诉讼参加的形态。

第一种是吸收第三人程序下的诉讼参加(Impleader)。根据规则 14,诉讼开始后的任何阶段,被告均得作为第三人的原告,以应该或可能由第三人原告对原告全部或部分请求承担责任为由,向非本诉当事人的人送达传票和起诉状,让其作为新的被告加入诉讼。此时,本诉被告称为第三当事人原告,第三人称为第三当事人被告,第三人参加的诉讼称为第三当事人被告诉讼。吸收第三人程序下的诉讼参加一般适用于损害赔偿、代位求偿及违反担保

① 最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第 66 条。

② 最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第 162 条。

等场合。^①

吸收第三人入案作为被告的根据是其应该或可能对原告的全部或部分请求承担责任。但是正如 Ziegler 法官在 *Frazier v. Harley Davidson Motor Co.* 109 F. p. D. 293 (W. D. Pa. 1985) 一案中指出的,本诉被告不能以本案应仅由第三人向原告承担责任、自己与本案无关为由吸收第三人入案。根据规则 14(a),第三人被告的任何责任必须从属于本诉被告的责任或由其派生。吸收第三人入案程序是供本诉被告归咎或分担责任而非供其否认责任的。^②在“美国诉乔·格拉索父子”一案中,法院也指出:“只有在第三人的责任是从本诉解决结果中派生出来的情况下”,才允许指控该第三人。^③在司法实践中,一般认为,即使被告按照《规则》的规定指控第三人,法院也不必然要给予被告该项权利,是否给予由法院自由裁量。^④当然被告有权根据规则 14(b),对第三人另案起诉。

吸收第三人程序中,第三人可在诉讼开始后的任何阶段参加诉讼,其方式是由本诉被告向第三人送达传票和起诉状。本诉被告于送达其答辩状后 10 日内向第三人送达起诉状的,无须经批准即可进行该项送达。在其他情况下,本诉被告须在通知全体本诉当事人后经过申请获得批准方可送达[规则 14(a)]。

关于吸收第三人程序中第三人的诉讼权利和义务,《规则》规定:在诉讼中,第三人应当按照规则 12 对本诉被告(即第三人原告)的请求提出答辩,并应按照规定 13 向本诉被告提出反诉、向其

① 参见“约伊勃诉 B/G 食品公司”案,“贝克诉穆尔斯”案。前注引米尔顿书,第 65—66 页。

② See Jonathan M. Landers, James A. Martin, Stephen C. Yeazell, “Civil Procedure”, Little, Brown & Company, 1988, Second Edition, p. 484—486.

③ 参见前注引米尔顿书,第 66 页。

④ See *United States v. One 1977 Mercedes Benz 708* F. 2d 444, 452 (9th Cir. 1983).

他第三人提出交叉请求(cross-claim)。第三人针对本诉原告的主张,得提出与本诉被告在本诉中对原告的请求所拥有的任何答辩。当然,本诉原告亦可以向第三人提出由本诉原告对本诉被告主张的法律行为或事件中产生的请求。任何当事人均可申请驳回第三人的请求,或对第三人请求申请分立审理。第三人按照本条规定,可以主张在其参加的诉讼中对其主张的请求无效[规则14(a)]。

此外,《规则》允许第三人再向“应该或可能对他负责的任何非诉讼当事人”提起诉讼[规则14(a)],在原有的第三人被告诉讼的基础上再叠加新的由原第三人作原告的第三人被告诉讼。同时在原告被反诉的场合,原告按本条规定的关于被告有权吸收第三人的条件,得吸收第三人[规则14(b)]。

第二种诉讼参加是权利参加(Intervention of right)。是指在下列情况下,任何人经及时申请,均应被许可参加诉讼:(1)美国法律赋予无条件的诉讼参加权;或(2)申请人请求的利益涉及作为诉讼标的的财产或交易(transaction),并且由于申请人所处的地位,诉讼的处理实际上会削弱或妨碍其保护该利益的能力,除非申请人的利益由现有当事人加以充分代表[规则24(a)]。

历史上,诉讼参加(intervention)适用于财产在法院控制之下,诉讼参加人所主张的与财产有关的利益高于(superior to)现有当事人的利益的场合。因此,《规则》在1966年修订之前对权利参加规定的条件是:(1)美国法律授予无条件的诉讼参加权;或(2)现有当事人没有或可能没有充分代表申请人的利益,而申请人应该或可能受到判决的约束;且(3)在法院处理或分配财产时,申请人不是诉讼当事人并将受到不利的影响。

旧规定在实践中显露出种种弊端。首先是条件(3)。一方面某些法院在审理时对该项条件置若罔闻。虽然1961年联邦最高法院在Sam Fox Publishing Co.诉United States一案中指出:该项条件旨在将权利参加限于非常狭窄的范围,但是诚如莫尔

(Moore)教授所批评的那样:“财产(fund)的概念被毫无限制地使用,以致于法院几乎可以在任何诉讼中找到‘财产’”,从而使申请人实际上不受该项条件的制约。而另一方面,顾问委员会在修改意见中指出:只要缺席者实际上将受到判决的实质性影响,那么作为一般规则,他就有权参加诉讼。他的这项权利并不取决于诉讼中是否将分配和处理财产。^①《规则》在1966年修订时废除了条件(3)而代之以现有的“申请人利益涉及作为诉讼标的的财产和交易”的规定。

其次是条件(2)。旧《规则》规定条件(2)是为了授权那些据称由某一当事人代表的缺席者,在其能证明未被充分代表时,参加诉讼。这样,由信托受托人作为原告或被告的诉讼中,只要信托受益人能证明受托人并未充分代表其利益,他就有权参加诉讼。同理,规则17(a)中列出的为他人利益以本人名义作为当事人进行诉讼的场合,被代理人都可据此申请参加诉讼。同时,这项规则亦适用于集团诉讼的场合。

但是旧《规则》还设置了另一个条件,即申请人应该或可能受到判决的约束。这构成集团诉讼中集团成员参加诉讼的障碍。因为根据 *Hansberry 诉 Lee* 一案确立的原则,当有人请求对某个集团成员执行集团诉讼判决时,如果该集团成员能证明诉讼代表人并未在集团诉讼中充分代表其利益,则该项集团诉讼的判决将对其不具有约束力。^②因此当某个集团诉讼尚未结束,而某个成员想以未被充分代表为由申请参加诉讼时,他会处于一个两难的境地:如果未被充分代表,那么他就不受判决的约束,既然不受判决约

① See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 100.

② See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 101.

束,那他就无权参加诉讼;如果代表实际上是充分的,那么他就没有参加诉讼的根据。^①对此,顾问委员会认为:若那个成员能充分证明(establish with sufficient probability)他未被充分代表,那么他不应被置于由于判决书的条款涉及到他,随后的执行将及于他的利益,所以他必须去检验判决的有效性的危险境地。作为一般规则,他有权参加诉讼。^②《规则》于 1966 年修订时删除了“受约束”的要求,代之以“诉讼的处理实际上会削弱或妨碍他保护该利益的能力”的规定。联邦最高法院在其后的判例中承认修订后的《规则》扩大了参加的权利。

修订后的《规则》对权利参加规定了两项条件:一是申请人的地位相当于规则 19(a)(2)(i)的共同诉讼申请人。与上述共同诉讼一样,这里《规则》采用了实用而非抽象的标准。二是诉讼中现有的当事人未能充分代表申请人的利益。这是规则 19 共同诉讼中没有的要件。根据顾问委员会和美国学者的解释,“权利参加”与“为公正裁决而必要的共同诉讼”是一种对应关系(counterpart):在由诉讼中的当事人申请的场合,缺席者应进行共同诉讼,以保护其将会受到随后的判决影响的利益;在他自己申请的场合,他有权参加诉讼。^③此外,权利参加能否实现还取决于能否有效地进行诉讼。^④

本条中的“代表”不限于正式代表,如信托受托人、集团诉讼的

① See *Sam Fox Publishing Co. v. United States*, 342 U.S. 19(1981).

② See *Federal Civil Judicial Procedure and Rules*, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 101.

③ See *Federal Civil Judicial Procedure and Rules*, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 100. See *Louisell, Hazard and Tait, Pleading and Procedure—state and federal*, p. 749—750.

④ See *Federal Civil Judicial Procedure and Rules*, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 101. See *Natural Resources Defense Council, Inc. v. United States Nuclear Regulatory Commission* 578 F.2d 1341(10th Cir. 1978).

诉讼代表人等,还包括虽然没有正式关系,但是诉讼当事人事实上代表了寻求参加诉讼的缺席者利益的情形。此时,这种代表的充分性亦须予以仔细考虑。^①另外根据司法实践,申请人请求的“利益”虽然可以涉及广阔的领域,但是一般必须是财产或交易中的直接利益。^②

第三种诉讼参加是许可参加(permissive intervention)。它是指,在下列情况下,任何人经及时申请,均可被准许参加诉讼:(1)美国法律赋予有条件的诉讼参加权;或(2)申请人的请求或答辩与本诉具有共同的法律问题或事实问题(规则 24(b))。

此外,诉讼当事人以联邦政府公职人员或机关执行的任何法规、执行令或据此颁布、发布、提出或达成的任何规章、命令、要求或协议为请示或答辩的依据时,该公职人员或机关(agency)经及时申请,得被许可参加诉讼[规则 24(b)]。

许可参加和权利参加的区别主要是:前者限制条件较少,只需申请人的请求或抗辩与本诉具有共同的法律问题或事实问题即可。但另一方面,是否许可参加将取决于法院的自由裁量。法院在行使决定权时,应考虑许可参加是否会不适当地延误或损害对原当事人的权利的裁判[规则 24(b)]。而权利参加不以法院许可为条件。同时,在联邦法院申请许可参加,法院必须对申请人有独立的管辖权。而在权利参加的情况下,由于存在附属管辖权(ancillary jurisdiction),所以即使联邦法院对申请人没有独立的管辖权,即申请人与本诉当事人不符合“最低限度不同州籍”原则,权利参加申请人也可以参加诉讼。正是因为许可参加受独立管辖权的

① See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 101.

② See Louisell, Hazard and Tait, Pleading and Procedure-state and federal, Foundation Press, Inc., 1989, Six Edition, p. 751.

限制,所以在联邦法院进行许可参加,可能损害原告随后联合另一当事人的能力,因为如果将要与原告共同诉讼的人与许可参加人具有相同的州籍,则前者就不能与原告成为共同诉讼人。^①

权利参加与许可参加的方式是:申请人应按规定5向各当事人送达参加诉讼申请书。申请书应陈述其参加诉讼的理由,并附具提出请求或答辩的诉答书状。在美国法律赋予参加诉讼的权利的情况下,亦应适用该程序[规则24(c)]。

(三)评论与启示

权利参加和许可参加大致对应了我国的有独立请求权第三人和无独立请求权的第三人。吸收第三人程序的第三人相当于我国民事诉讼法中可能判决其承担责任的无独立请求权的第三人(即前述三种类型中的前两种)。结合我国民事诉讼理论界关于无独立请求权的第三人是否属于当事人的争论,我们认为问题的症结在于我国民法未注意到无独立请求权第三人的几种表现形态及其区别。我们可以从美国法中得到启发,在立法中对无独立请求权第三人作进一步分类,单列该类可能或应该对本诉当事人承担责任的第三人形态,明确其当事人地位。^②这也有助于理顺本诉与参加之诉的关系,真正弄清参加之诉的性质。

六、诉讼承担与当事人恒定

诉讼承担亦称诉讼担当,是指在民事诉讼进行中,因为发生特

^① See Louisell, Hazard and Tait, Pleading and Procedure-state and federal, Foundation Press, Inc., 1989, Six Edition, p. 752.

^② 其实我国《民事诉讼法》第56条也提出了“判决承担民事责任的(无独立请求权的)第三人”的概念。

定的情况,使得一方当事人的诉讼权利义务转移给案外人,由案外人作为当事人继续进行诉讼的制度。其实质是当事人地位的承担。^①发生诉讼权利义务承担,是因为在诉讼过程中当事人依照民法的规定,将作为诉讼标的的实体权利义务移转给案外人。广义的诉讼标的移转,既包括当事人死亡或终止(自然人死亡、法人或其他组织分立、合并以及终止),也包括当事人与案外人之间的合意移转(债权让与、债务承担)。在发生实体权利义务移转之后,在诉讼程序上,当今世界各国民事诉讼主要采用当事人恒定和诉讼承担这两个内容迥异的诉讼规则作为对策。^②

所谓当事人恒定,是指在诉讼进行中;当事人将实体权利义务移转于案外人时,转让人的诉讼当事人资格并不因此而丧失,诉讼仍在原当事人之间进行。受让人不得接替转让人承担诉讼,但受让人得以第三人的身份参加诉讼。判决效力及于受让人。

诉讼承担与当事人恒定相反,转让人的诉讼当事人资格因转让而丧失,为受让人所替代,前者完全脱离诉讼,但其所为的诉讼行为对后者发生效力。判决效力亦及于转让人。与诉讼标的的移转相联系,广义的诉讼承担既包括因实体权利义务合意移转而产生的诉讼承担,也包括因当事人死亡或终止而引起的诉讼承担,后者亦称为诉讼承受。

(一)中 国 法

我国《民事诉讼法》没有使用诉讼承担人这一概念,也没有对发生诉讼承担的情形作出系统和明确的规定。仅在第136条规定:一方当事人死亡,需要等待继承人参加诉讼的,人民法院应当

^① 参见谭兵主编:《民事诉讼法学》,第175页。

^② 参见王强义:《论民事诉讼中的当事人恒定和诉讼承担》,载《中国法学》1990年第5期,第87页。

中止诉讼。最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第44条提出了诉讼承担的问题,并在第44条、第50条和第51条规定了诉讼承担的几种情形。

具体而言,我国民事诉讼立法与实践所确认的诉讼承担有以下三种情形:

1. 在诉讼中,一方当事人死亡,有继承人的人,人民法院应当裁定中止诉讼并及时通知继承人作为当事人承担诉讼。继承人参加诉讼后,诉讼程序自行恢复。被继承人已经进行的诉讼行为对承担诉讼的继承人有效。需要指出的是,只有财产关系诉讼中的当事人死亡才存在诉讼承担的问题,在人身关系诉讼中,当事人死亡则诉讼终结。

2. 企业法人合并的,因合并前的民事活动发生的纠纷,以合并后的企业为当事人;企业法人分立的,因分立前的民事活动发生的纠纷,以分立后的企业为共同诉讼人。在法人分立、合并的情况下,新设的法人应承担原当事人的诉讼权利义务。

3. 企业法人未经清算即被撤销,有清算组织的,以该清算组织为当事人;没有清算组织的,以作出撤销决定的机构为当事人。此外《企业破产法》(试行)第24条规定,清算组自人民法院宣告企业破产后接管破产企业,并可以依法进行必要的民事活动。因此,在企业终止的情况下,接受管理其财产的组织应承担其诉讼权利义务。

针对上述规定不具体、缺乏可操作性的问题,有学者对以下问题加以细化。

第一,承担诉讼的时间。当事人一方死亡后,其继承人应在多长时间内参加诉讼,《民事诉讼法》和司法解释均未规定。理论界有两种主张,前者认为继承人应在接到人民法院通知后三个月内

决定是否参加诉讼;^①后者主张中止诉讼后满六个月未参加的,人民法院裁定终结诉讼。^②

第二,承担诉讼的方式。继承人应以书面申请为原则,以口头申请并记入笔录为例外。另外,不愿意参加诉讼的,原则上应提交书面意见,或口头表示并由人民法院记录在卷。^③

第三,原当事人所为的委托诉讼代理的行为对诉讼承担人的效力。学者认为,根据民法中有关代理的规定,原当事人委托代理的诉讼行为对诉讼承担人不具有约束力,委托代理因被代理人的死亡而自然消灭。^④

第四,关于法律文书如何列明当事人的问题。有学者主张承担后不能将已死亡的公民作为当事人。^⑤另有学者认为,原当事人仍应列上,但要注明诉讼中死亡;对于诉讼承担人则在法律文书中写明诉讼承担人身份,列于原当事人下,不宜直接列为原告或被告。^⑥

值得注意的是,我国《民法通则》第91条允许当事人一方在取得合同另一方同意的情况下,与案外人合意转移作为诉讼标的的民事实体权利义务,但是民事诉讼法却未对这种情况提供相应的对策。此外,我国民事诉讼法也未有关于当事人恒定的规定。改变这种情况确是当务之急。^⑦

① 参见马原主编:《〈民事诉讼法适用意见〉释疑》,第36页。

② 参见柴发邦主编:《中国民事诉讼法学》,第215页。

③ 参见马原主编:《〈民事诉讼法适用意见〉释疑》,第37页。

④ 参见马原主编:《〈民事诉讼法适用意见〉释疑》,第38页。

⑤ 参见柴发邦主编:《中国民事诉讼法学》,第215页。

⑥ 参见马原主编:《〈民事诉讼法适用意见〉释疑》,第39页。

⑦ 参见前引王强义文,第92页。

(二)美 国 法

美国《联邦民事诉讼规则》第25条是关于当事人替换(substitution of parties)及相应程序的规定。其中列举了诉讼承当的几种情形并对当事人恒定原则的适用作出了规定。

第一是死亡。如果一方当事人死亡而诉讼请求权并未因此消灭,^①则法院可以命令以适当的当事人(proper parties)替换之[规则25(a)]。但是,如果一个或数个原告或者一个或数个被告在诉讼中死亡,而在诉讼中只有既存的原告要求行使或只有既存的被告被要求对其行使权利,则诉讼不能中止。死亡应记录在案,诉讼应继续对既存的当事人有利或不利地进行[规则25(a)(2)]。

在当事人死亡的场合,首先产生的程序问题是有权申请替换的主体及方式。普通法与衡平法的程序比较复杂,前者是告知令状程序(scire facias proceedings),后者是通过预审状(the bill of revivor)进行。按照大部分法典的规定,进行替换只需简单申请即可,未能进行申请被视为形式上的错误(formal error)。^②规则25(a)规定,任何当事人或死亡当事人的继承人或代理人均可提出替换的申请。该申请连同开庭通知书(notice of hearing)应按规则5规定的方式送达当事人,按规则4规定的传票送达方式送达非当事人,并且可以在任何司法管辖区(judicial district)内送达。

关于申请替换的时间,《规则》规定:除非申请人在按照本条关于送达申请书的规定送达死亡事实报告书而提出记录在案的死亡

① 当事人可能因死亡(实体权利消灭)而丧失诉权,比如在死亡原告系依普通法提出有关人身损害赔偿的诉因的场合,就会产生上述情况。See Louisell, Hazard and Tait, Pleading and Procedure-state and federal, Foundation Press, Inc., 1989, Six Edition, p. 779.

② See Louisell, Hazard and Tait, Pleading and Procedure-state and federal, foundation Press, Inc., 1989, Six Edition, p. 779.

情况之日起 90 日内提出替换申请,否则应对死亡的当事人驳回诉讼[规则 25(a)]。

《规则》在 1963 年修改之前以当事人死亡事实本身作为提出替换申请期限的起算点。由于过于呆板,在司法实践中产生了适用困难以及某些有失公平的现象。^①有鉴于此,《规则》进行了修改,代之以申请人送达死亡事实报告书、提出记录在案的当事人死亡的情况作为 90 日申请期限的起算点。由于提出死亡事实报告书的时间可以由申请人自行掌握并且 90 天期限还可以按照修改后的规则 6(b)的规定扩展,所以上述规定意味着,申请人可以自由选择替换的最佳时机。

但是,为防止申请人滥用上述权利,《规则》还通过以下两套机制制约申请人。

第一项制约因素来自其他申请人。如前所述,有权申请替换的主体不限于死者的继承人,还包括任何当事人和死亡当事人的代理人,他们都可以提出死亡事实报告书。而事实上,申请经常是这么提出的。^②因此,如果当事人一方或死亡的当事人的代理人想要限制他人申请替换的时间,他可以依据死亡记录提出死亡事实报告,从而达到上述目的。

第二项制约因素来自法院的自由裁量权。在规定期限内提出的替换申请一般会被批准。但是,由于《规则》的措辞是授权性的(the court may order),所以,申请也可能被法院驳回。一般来说,如果在死亡后很长一段时间才提出申请,如果没有或迟延提出死亡事实报告书,或者允许替换会有显失公平的情况,法院就会不批

① See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 103.

② See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 103.

准替换申请。例如在 Anderson 诉 Yungkau 一案中,法院认为,依本案的客观情况,处理和分配死亡被告的产业更为迫切,因此虽然申请是在《规则》规定的时限内提出的,但是否决申请仍是正当的。^①

因此顾问委员会指出,如果某个申请人要确保他能实现替换,那么他不应当认为,他可以无限期地、放心地等待提出死亡事实报告后再提出申请。由此我们也可以看到《规则》制度设计上的精妙和严谨。

第二是丧失行为能力(incompetency)。如果一方当事人丧失行为能力,法院可以基于按规则 25(a)规定送达的申请,准许由其代理人或对其代理人继续进行诉讼[规则 25(b)]。

在当事人一方丧失行为能力的场合进行诉讼承当,情况比较复杂,必须结合规则 17(c)关于当事人起诉和应诉的能力的规定加以理解。包括两种情况:当丧失行为能力的当事人的代理人是一般监护人(general guardian)、法院指定的诉讼保护人(next friend)或诉讼监护人(a guardian ad litem)时,由于诉讼以丧失行为能力者的名义进行,代理人仅是代行诉讼,所以不存在诉讼承当的问题。当代理人不是上述主体时,由于其可以不联合被代理人而进行诉讼,故会产生诉讼承当的情况。之所以会有上述区别,是由美国民事诉讼法允许“监护人”作为诉讼当事人的特殊制度设计所决定的。

第三是权利转让。规则 25(c)规定,在权利转让的场合,诉讼可以由原当事人或对原当事人继续进行,除非法院根据申请,指示权利受让人在诉讼中替换或联合原当事人。申请应按本条规则(a)的规定送达。可见,对于在诉讼中一方当事人向案外人合意移

^① See Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Publishing Co., 1995 Edition, p. 103.

转实体权利义务的情形,美国联邦民事诉讼规则以当事人恒定为原则,以诉讼承担为例外。

第四是公职人员——死亡或离职。公职人员以官方身份作为诉讼当事人,而在诉讼未决期间死亡、辞职或停职时,诉讼并不中止(abate),其继任者自动承担诉讼作为一方当事人。替换后的诉讼,应以诉讼承担人的名义进行,但错用姓名不影响各当事人实体权利时,可不予理会。替换命令可在任何时候作成,但未作成这种命令不应影响替换[规则 25(d)(1)]。公职人员以官方身份作为当事人起诉或应诉的,可以其官方头衔而非其姓名指称,但法院可要求其附加姓名[规则 25(d)(2)]。由于美国民事诉讼法中允许国家及其机关作为原告或被告,所以有上述关于公职人员死亡或离职时诉讼承担的规定。

令人感到奇怪的是,《规则》未对法人与非法人团体分立、合并或终止时诉讼程序上相应的对策作出规定,这不能不说是一个漏洞。依据美国学者的观点,公司解散或法人实体其他形式的终止,可以构成诉讼承担的情形。^①

(三)评论与启示

通过以上分析,我们认为,《规则》的规定对于我国完善民事诉讼当事人制度中的诉讼承担制度,有如下借鉴意义:

首先,《规则》体系较我国完整。《规则》包括诉讼承受和实体权利义务合意移转时诉讼承担(或当事人恒定)两方面的内容,涵盖了广义诉讼标的移转的两个组成部分。相反,我国民事诉讼法未对主体合意移转实体权利时诉讼法上的对策作出规定,结构不完整。由于在市场经济条件下,债权是一种以实存利益为基础的

^① See Louisell, Hazard and Tait, Pleading and Procedure-state and federal, Foundation Press, Inc., 1989, Six Edition, p. 779.

财产,是重要的交易对象,而且债权的转让是投资流动化所必不可少的要求,^①所以在我国建立社会主义市场经济体制的今天,亟需改变目前诉讼制度供给落后于客观现实需求的状况。

其次,在因当事人死亡而引起诉讼承担的问题上,《规则》对程序的规定比较详尽,涉及申请主体、地点、承担方式、承当时限等基本的程序问题,凸显《规则》之程序法特性。相比之下,我国民事诉讼法的规定几近空白,无法指导程序运作。学理解释又尚存分歧,并且不具有法律效力。因此,有必要于修订《民事诉讼法》时完善这一制度。

再次,对于诉讼承受中的三个关键问题——承担诉讼的时间、申请主体和法院的自由裁量权,目前我国民事诉讼理论与实践中的处理方案不尽如人意,直接影响到当事人处分原则、法院干预原则和诉讼经济原则的贯彻与协调。

对于前两个问题,我们认为,目前学者的方案并不合理。理由有二:其一,以法院的通知行为作为计算诉讼承担申请期限的起算点不合理,不利于保护当事人权利。规定诉讼承担期限的目的是敦促案外人行使处分权,尽快决定是否承担诉讼。而发生诉讼承受的根本原因是当事人死亡或终止。因此,作为计算诉讼承受期限起算点的事实理应与上述法律事件有直接的联系,这样才有利于案外人了解和控制,以实现制度设计的初衷。像《规则》规定的那样,以当事人死亡事实本身或者以相关主体提出死亡事实报告为起算点,都比较合理。我国以法院发出通知作为起算点,不仅与死亡事实缺乏直接联系,而且在某些场合会影响甚至剥夺诉讼承担人的处分权。因为他必须以法院的行为为前提,在法院遗漏或迟延发出通知的情况下(事实上民法根本未规定法院应于何时

^① 参见王利明、崔建远:《合同法新论·总则》,中国政法大学出版社1996年版,第417页。

发出通知),案外人的权利必将受到影响。其二,限制了申请承担的主体范围。法院只是向继承人发出通知,申请主体限于继承人。这种做法一方面由于未给予其他诉讼当事人以申请权而堵塞了他们在诉讼中维护自身权益的途径,有失公平;另一方面,也使得既有制度设计缺少了各申请人相互制约的机制,不利于贯彻诉讼经济原则。美国《规则》的规定值得我们研究、借鉴。

对于法院自由裁量权的问题,依我国民事诉讼法的规定,只要继承人提出申请,中止的诉讼就自行恢复(第136条2款),法院并无自由裁量权。上述规定的确充分体现了当事人处分的原则,并且简单明了;但是,由于未反映法院干预原则和诉讼经济原则的合理内核,使得现有制度对实践中出现的以承当诉讼为手段拖延诉讼等现象无能为力,不利于克服诉讼承当制度的负面影响。因此,借鉴《规则》及相关判例的经验,赋予法院一定的自由裁量权,是必要和合理的。